

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Departamento de Dereito Privado

CONTRATO DE GESTIÓN NAVAL: CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO

Autora: M^a JOSÉ RODRÍGUEZ DOCAMPO

Tesis para alcanzar el grado de Doctor presentada por la Licenciada y Graduada, M^a JOSÉ RODRÍGUEZ DOCAMPO, bajo la dirección del Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña Dr. JOSÉ LUÍS GARCÍA-PITA Y LASTRES y de la Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña Dra. M^a ROCÍO QUINTÁNS EIRAS.

Vº Bº

Vº Bº

Dr. José Luis García-Pita y Lastres

Dra. M^a Rocío Quintáns Eiras

2014

ÍNDICE:

ABREVIATURAS	8
INTRODUCCIÓN	12

CAPÍTULO I

**ANTECEDENTES, EVOLUCIÓN Y RELEVANCIA DEL
CONTRATO DE GESTIÓN NAVAL**

I.1. Colaboración empresarial en el sector de la navegación marítima	19
I.2. Origen y evolución de las empresas de gestión naviera	23
I.3. Relevancia del contrato de gestión naval, en los Formularios Internacionales, Comisión Europea, y Proyecto de la Ley de Navegación Marítima	27

CAPÍTULO II

**CONCEPTO DEL CONTRATO DE GESTIÓN NAVAL:
ELEMENTOS DEFINITORIOS**

II.1. Concepto de contrato de gestión naval	36
II.2. Consideraciones Preliminares de carácter terminológico: El término “ <i>gestor</i> ”	40
II.3. Elementos personales	41
II.3.1. Naviero o armador	41
II.3.2. <i>Gestor</i> , sociedad de gestión o gerencia de buques.	44
II.4. Elementos reales y objeto	48
II.4.1. Objeto y la autonomía contractual	48

II.4.2. Actividad a la que se obliga el <i>gestor</i> : prestación de servicios marítimos para gestionar la explotación del buque	51
II.4.2.1. <i>Gestión técnica/náutica</i>	53
II.4.2.2. <i>Gestión de la dotación</i>	63
II.4.2.3. <i>Gestión Comercial</i>	66
II.4.2.4. <i>Gestión de seguros</i>	68
II.4.3. Estabilidad de la prestación del <i>gestor</i> .	76
II.4.5. Carácter remunerado de la prestación del <i>gestor</i> .	80

CAPÍTULO III

CARACTERES DEL CONTRATO DE GESTIÓN NAVAL

III.1. Contrato de gestión de intereses ajenos	86
III.2 Especial relevancia del <i>intuitu instrumenti</i>	93
III.3. Contrato de duración	96
III.4. Contrato mercantil	100
III.5. Contrato consensual: Libertad de forma	106
III.6. Contrato náutico	108
III.7. Contrato Principal	112
III.8. Otras características: Bilateral, sinalagmático, conmutativo y oneroso	113

CAPÍTULO IV

TIPOS CONTRACTUALES EN LOS QUE PUEDE ENCAJAR EL CONTRATO DE GESTIÓN NAVAL

IV.1. Figuras subjetivo-funcionales próximas	116
IV.1.1. Apoderado general o factor	116

IV.1.2. Naviero-gestor	119
IV.2. Figuras objetivo contractuales próximas	130
IV.2.1. Gestión técnica/náutica como contrato de arrendamiento mercantil de servicios	131
IV.2.1.1. La externalización de funciones (“outsourcing”) como factor dinamizador de los contratos de arrendamiento mercantil de servicios	131
IV.2.1.2. Contrato de gestión naval: Arrendamiento de obra o de servicios	133
a) <i>Algunas consideraciones sobre el arrendamiento de servicios</i>	133
b) <i>Perfiles distintivos del arrendamiento de obra y del arrendamiento de servicios</i>	138
c) <i>¿El contrato de gestión naval como arrendamiento de obra?</i>	143
d) <i>La prestación de servicios del gestor como objeto de relaciones jurídicas mercantiles</i>	147
IV.2.1.3. Similitudes del contrato de gestión de buques al contrato de arrendamiento mercantil de servicios	151
a) <i>Retribución de los servicios</i>	151
b) <i>Duración de la prestación mercantil de servicios</i>	154
c) <i>Subcontratación de los servicios</i>	156
d) <i>La determinación de la prestación</i>	162

<i>d.1. Criterios de comportamiento y diligencia a los que debe adecuarse la prestación de servicios en ambos contratos</i>	162
<i>d.2 La discrecionalidad del prestador, en el contrato de arrendamiento mercantil de servicios y en contrato de gestión de buques</i>	167
IV.2.2. Gestión de la dotación como contrato de comisión mercantil	175
IV 2.2.1. Gestión de intereses ajenos	180
IV.2.2.2. El poder de representación	182
IV.2.2.3. Sumisión a las instrucciones del principal	184
IV.2.2.4. Sometimiento a las Leyes y Reglamentos	188
IV.2.2.5. Estabilidad en la relación: tracto sucesivo	191
IV.2.2.6. Determinación de la remuneración	196
IV.2.3. Gestión comercial como contrato de agencia	200
IV.2.3.1. Consideraciones generales sobre los contratos de distribución comercial	200
IV.2.3.2. La “Promoción” como actividad incluida en la gestión comercial del buque	203
IV.2.3.3. Analogías más significativas entre ambos contratos	207
IV.2.3.4. Distinta protección deparada al agente y al gestor frente a sus principales	210

IV.2.3.5. El régimen general de no exclusividad del gestor	212
IV.2.3.6. Extinción del contrato: ¿Es posible la “vis expansiva” del régimen de indemnizaciones complementarias previstas en LCA al contrato de <i>gestión naval</i> ?	215
a) <i>La indemnización por clientela</i>	220
b) <i>La indemnización por inversiones no amortizadas</i>	225
IV.2.4. Gestión aseguradora del buque: ¿actividad de mediación de seguros privados?	228
IV.2.4.1. La Mediación de seguros privados: Elementos material y subjetivo	228
IV.2.4.2. Función aseguradora desempeñada por el <i>gestor</i> como co-asegurado conjuntamente con el naviero	232
IV.2.4.3. Función aseguradora encomendada al gestor de forma independiente	237
IV.2.4.3.1. <i>Conocimientos y experiencia profesional en seguros</i>	237
IV.2.4.3.2. <i>Deberes comunes al gestor del naviero y corredores de seguros frente a su cliente (naviero-tomador)</i>	241
a) <i>Defensa de los intereses del cliente</i>	241
b) <i>Información, asesoramiento y asistencia</i>	243

<i>c) Seguir las instrucciones del cliente</i>	247
<i>d) Relación contractual con el cliente</i>	249

CAPÍTULO V

NATURALEZA JURÍDICA Y DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO DE GESTIÓN NAVAL

V.1.Naturaleza Jurídica	254
V.1.1.Unicidad del contrato de gestión naval	254
V.1.2. Estructura contractual flexible: distintas modalidades de la relación negocial	259
V.2. Determinación del régimen jurídico aplicable al Contrato de gestión naval	263
V.2.1. Calificación del contrato de gestión naval	263
V.2.2. Interpretación e integración del régimen jurídico aplicable	267
CONCLUSIONES	279
BIBLIOGRAFÍA	289

ABREVIATURAS

AAEDM	"Anuario de la Asociación Española de Derecho Marítimo"/"Boletín de la Asociación Española de Derecho marítimo"
[o BAEDM.]	
AAVV	Autores Varios
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADM	Anuario de Derecho Marítimo
AFDU	"Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña"
ANAVE	Asociación de Navieros Vascos
All E.R.	All England Reports.
Ap	Apartado
Arz.	Aranzadi
Art. /art.	Artículo
BAEDM	<i>Vid.</i> AAEDM
BIMCO	The Baltic and International Maritime Council
BOCG	Boletín de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
Cap	Capítulo.
CCv	Código civil español, de 24 de julio de 1889
CCo	Código de Comercio
CDP	Cuadernos de Derecho Pesquero.
C D y C	Cuadernos de Derecho y Comercio
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIGS	Código Internacional de Gestión de la Seguridad
CGS	Certificado de Gestión Seguridad
cit./cits	Citado / citados.
Cla/Clas	Cláusula/Cláusulas.
CLC. /92	Convenio Internacional de Londres, sobre Responsabilidad de los Propietarios de Buques-tanque, por daños derivados de la Contaminación del Medio marino por vertido de Hidrocarburos, de 20 de noviembre de 1992
CLR	Convenio sobre Limitación de Responsabilidad
COMI	Comité Marítimo Internacional.
CNUDMAR	Convención de las Naciones Unidas, sobre el Derecho del Mar, firmado en Montego Bay [Jamaica], el 19 de octubre de 1982
COLREG	Convenio sobre el Reglamento Internacional para

CREWMAN	prevenir los abordajes Crew Management Agreement
DGMM	Dirección General de la Marina Mercante
Disp.	Disposición
DispAdic	Disposición Adicional
D.N.	Derecho de los negocios
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ed	Edición.
edit	Editado por
EEE	Espacio Económico Europeo
Fasc	Fascículo
GT	Gross Tonnage
IAL	Instituto de aseguradores de Londres
IGS/ISM	Internacional de Gestión de la Seguridad,/Internacional Safety Management, referente al Código
ILA	International Law Association.
ISM	International Safety Management
Impr.	Imprenta/impreso por
IMCO.	Organización Marítima Consultiva Intergubernamental.
IMO	Organización Marítima Internacional [sucesora de IMCO]
LCA	Ley de Contrato de Agencia
LCAP	Ley de Contratos de Administraciones Públicas RD Legislativo de 2/2000 de 16 junio
LCGC	Ley de Condiciones Generales de Contratación
LCS	Ley nº 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
LEC	Ley nº 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LLMC	Convenio sobre Limitación de la Responsabilidad nacida de Reclamaciones de Derecho Marítimo de 19 de noviembre 1976 (<i>maritime claims</i>)
LMSRP	Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros privados
LOSSP	Ley de Ordenación y Supervisión de seguros privados
LTM.	Ley de 22 de diciembre de 1949, se Transporte Marítimo Internacional demercancías, en régimen de Conocimiento de Embarque.
Ll. L.Rcp	<i>Lloyd's List Law Reports</i>
LMCLQ	<i>Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly</i>
Lloyd's Rp	<i>Lloyd's Reports</i>
Marg	Marginal
MARPOL	Convenio Internacional para la Prevención de la Polución del Medio Marino por vertido desde los Buques, de 1973. Modificado en 1978.

MIA	Marine Insurance Act
OMI	Organización Marítima Internacional.
OPA	Oil Pollution Act estadounidense de 1990
P. & I.	Protection and Indemnity [Club or Insurance]: Seguro o Club de protección e indemnización.
PBIP/ISPS	Código Internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias
RDBB.	Revista Derecho Bancario y Bursátil"
RDM.	Revista de Derecho Mercantil
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
REDM	Revista Española de Derecho Marítimo
RES	Revista Española de Seguros
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RM	Registro Mercantil
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
RYA	Reglas de York y Amberes, sobre Avería Común, de 1864/1877, sucesivamente revisadas en 1890, 1924, 1950, 1974, 1990 y 1994
SHIPMAN	Standard Ship Management Agreement
SMS/SGS	Safety Management System/ Sistema de Gestión Segura
SOLAS./SEVIMAR	Convenio internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, adoptado en el seno de la Conferencia internacional de la OMI, para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, el 1 de noviembre de 1974, con sus Protocolos de 1978 y 1988
ss	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCW	Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente de Mar
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
<i>supra</i>	Antes, más arriba
T	Tomo
Tít.	Título
TRB	Toneladas por Registro Bruto
UNCITRAL	United Nations Commission for the Unification of International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference for Trade and Development ("Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo").

UNCLOS
UNIDROIT

United Nations Convention for the Law of the Sea
"Instituto Internacional para la Unificación del Derecho
Privado".

Vid.

Ver/Véase

Vol./vols.

Volumen

ZEE

Zona Económica Exclusiva

INTRODUCCIÓN

La actividad empresarial necesita para desarrollarse la colaboración de otras personas¹. Esa necesidad es todavía más especial y compleja en el ámbito de la navegación marítima empresarial que tiene como vehículo o instrumento técnico el buque mercante o pesquero y como sujeto principal el naviero o empresario de la navegación².

La navegación empresarial requiere junto con la figura central del naviero la colaboración de un conjunto de personas que con su actividad laboral, profesional, o empresarial contribuyen a la explotación del buque y a la realización de la empresa de navegación³.

Pues bien, entre las distintas categorías de colaboración empresarial que pueden darse en la navegación marítima nosotros vamos a prestar atención al contrato de gestión naval. Esta figura contractual ha adquirido especial relieve, porque el naviero, por su propio interés económico o por su inexperiencia, necesita valerse con frecuencia de un profesional que le asista en todas o parte de las actividades relacionadas con la compleja gestión de la explotación del buque.

¹ BROSETA PONT M./MARTÍNEZ SANZ F, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, 20ª ed. Tecnos, Madrid 2013, pp. 118 y ss.; GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE J, *Tratado de Derecho Mercantil*, T.III, Vol. I: *Obligaciones y contratos mercantiles*, Ed. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1969, pp.538 y ss.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. /DÍAZ MORENO A. *Lecciones de Derecho Mercantil*, 16ª ed. Tecnos, Madrid 2013, pp. 110; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 36ª Aranzadi Thomson, 2013, pp. 137 y ss.

² ARROYO MARTÍNEZ I, *Curso de Derecho Marítimo*, 2ª ed. Civitas Ediciones SL, 2005 p.295. El autor considera que el planteamiento singular de la colaboración del empresario marítimo es otra de las razones que justifican la naturaleza autónoma del Derecho marítimo.

³ SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil* T II, 36ª Aranzadi Thomson, 2013, p. 685 y ss. GABALDON /RUIZ SOROA *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, 3ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona 2006, p 282 y ss.; GABALDON GARCÍA J. *Curso de Derecho Marítimo Internacional. Derecho Marítimo Internacional público y privado y contratos marítimos internacionales*, ed. Marcial Pons, Madrid 2012, p. 315.

Este contrato en el momento actual se encuentra desprovisto de una normativa específica, si bien, es una figura conocida en el tráfico marítimo donde se regula contractualmente mediante formularios internacionales ampliamente difundidos. La gestión naviera, al igual que las demás actividades marítimas tiene carácter mundial, no obstante, no existe una legislación internacional que regule la gestión de buques por terceros.

El objeto de nuestro estudio se ceñirá al análisis de aquellos aspectos vinculados al concepto, elementos definitorios y características esenciales de esta figura contractual a fin de captar su esencia. Asimismo abordaremos la delimitación de la actividad llevada a cabo en relación con las figuras jurídicas más afines previstas por el legislador con la finalidad de abordar su naturaleza jurídica y de establecer los criterios más adecuados para la determinación del régimen jurídico aplicable en defecto de pacto entre las partes.

Hemos considerado que para proceder al análisis de esta figura era esencial conocer el por qué de su nacimiento y su trascendencia actual en el ámbito del negocio marítimo. Por esa razón se ha dedicado un capítulo introductorio a explicar el origen y evolución de las empresas de gestión naviera, así como la relevancia que ha adquirido esta figura contractual en la actualidad, no solo en tráfico mundial, sino también en el ámbito del Espacio Económico Europeo, donde se considera que precisamente por su especialización y la índole de su actividad las empresas de gestión naviera pueden contribuir al logro de un transporte marítimo eficaz, seguro y no dañino para el medio ambiente, así como a la consolidación del sector marítimo establecido en los Estados de la Unión⁴. Razones, todas ellas, que

⁴ *Vid.* Comunicación de la Comisión que establece orientaciones sobre las ayudas estatales a las compañías de gestión naviera (2009/C 132/06) DOUE 11.6.2009

también han contribuido a que el legislador nacional haya considerado su necesidad de incorporarla en el Proyecto de la Ley de Navegación Marítima⁵.

Resulta pues ineludible, el análisis del concepto de gestión naval, de acuerdo con su configuración en el derecho de los formularios, especialmente el formulario *Standard Ship Management Agreement (SHIPMAN)*⁶, en la medida en que constituye un fiel reflejo de la posición jurídica que asumen cada una las partes en la actual practica contractual internacional. El estudio de los elementos personales y reales del contrato, son también objeto de nuestra atención, analizando las diversas prestaciones a que se obligan las partes como consecuencia de los intereses que se pretenden satisfacer.

Advertiremos que estamos ante una figura, que se caracteriza por la variabilidad de su contenido y por su gran flexibilidad, pues la misma relación negocial se puede desarrollar según modalidades diferentes. Mediante este contrato, el naviero puede contratar bien la gestión integral del buque, en la que se incluyen todas las funciones relativas a la explotación del buque, – función técnica/náutica, laboral, comercial y aseguradora- o bien, la gestión parcial que incluye cualquiera de tales funciones combinadas o, incluso, también cabe la posibilidad de contratar sólo una de ellas. Por ello, hemos procedido a analizar las características más relevantes y su posible encaje en las distintas figuras contractuales más próximas desde una doble perspectiva: subjetiva funcional, en la que la comparamos con el apoderado general o

⁵ La Propuesta del Anteproyecto al actual Proyecto de Ley de Navegación Marítima fue publicada por el Ministerio de Justicia en 2004. Desde entonces la iniciativa legislativa ha sufrido distintos avatares sin que todavía a día de hoy tenga refrendo legal. Así, el Proyecto data del 18 de diciembre de 2008, pero el iter de nuestras Cortes y convocatorias de elecciones, ha supuesto su paralización en varias ocasiones. El 23 de noviembre de 2012 el Consejo de Ministros aprobó nuevamente su remisión a las Cortes Generales. Actualmente el Proyecto de Ley de Navegación Marítima se encuentra sometido a informe de la comisión de justicia del Congreso de los Diputados. Su texto se puede consultar en : BOCG nº -A-73-1- de 29/11/2013.

⁶Es un formulario elaborado por BIMCO, (*The Baltic and International Maritime Council*) es una Organización Marítima Internacional privada, fundada en 1905 con sede en Copenhague. Está acreditada como Organización no gubernamental (ONG) ante todos los organismos de Naciones Unidas, Vid. www.bimco.org.

factor y con el naviero-gestor, y objetiva, en la que hemos incluido el análisis del arrendamiento mercantil de servicios, la comisión y la agencia. Consideramos esta metodología como la más apropiada para determinar, qué disposiciones reguladoras son las más adecuadas para regir el contrato, conforme a su contenido y espíritu, y así poder concluir cual es la naturaleza y régimen jurídico aplicable a este contrato.

Esta perspectiva comparativa con las figuras contractuales más afines nos ha permitido alcanzar un doble objetivo: al tiempo que se define y desarrolla el concepto de este contrato, su estudio frente a figuras próximas nos permite acceder a un conocimiento exhaustivo del marco jurídico en que es posible encajar esta figura contractual y, por otro, ha supuesto un enriquecimiento del estudio de la actividad del *gestor naval*, para encauzar debidamente su compleja mecánica y operativa, a fin adaptarla a nuestro ordenamiento jurídico. Como hemos mencionado, debemos tener presente que el formulario *Standard Ship Management Agreement*, que regula esta figura contractual, al haber sido elaborado por el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico COMIB/BIMCO (Baltic and Internacional Maritime Council), Organización Internacional de carácter privado, se sustenta en una filosofía inspirada en los sistemas anglosajón/nórdico, de ahí, las dificultades que puede presentar su inserción en otros ordenamientos de distinta naturaleza como el nuestro.

Por último, debido a la especial naturaleza de los riesgos de la navegación, que necesariamente han de tener transcendencia en la actividad naviera, nos ha llevado a analizar la gestión aseguradora, a la luz de la legislación sobre mediación de los seguros privados, examinando las distintas modalidades en las que el *gestor* puede desempeñar la función aseguradora del buque, -bien, como co-asegurado conjuntamente con el naviero, o bien de forma independiente-, a fin de determinar si alguna de ellas puede calificarse

como una actividad de mediación que pueda encajar en el ámbito de la Ley de Mediación de Seguros y reaseguros privados.

Nuestro estudio tendrá por finalidad, concluir cuál es la naturaleza jurídica de este contrato y por ende el régimen jurídico que, en tanto no conste una normativa específica, debemos aplicar.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES, EVOLUCIÓN Y RELEVANCIA DEL CONTRATO DE GESTIÓN NAVAL

I.1. Colaboración empresarial en el sector de la navegación marítima

El empresario marítimo precisa para hacer funcionar la empresa de navegación de distintos colaboradores que han de realizar múltiples funciones, tanto materiales como jurídicas, necesarias para llevar a cabo la explotación del buque⁷.

Al igual que sucede en relación con el empresario terrestre los colaboradores del empresario marítimo pueden ser clasificados en dos grandes grupos⁸: los llamados colaboradores dependientes y los colaboradores independientes.

Los primeros son los llamados auxiliares o empleados, personas física que se encuentran vinculadas al empresario por una relación de subordinación y de dependencia más o menos estable. Y, según donde desarrollen su actividad, se distinguen los auxiliares marítimos, esto es, los que desempeñan su trabajo a bordo en virtud del llamado “contrato de embarque” o de “enrolamiento” que serían los miembros de la dotación del buque, (entre los que se incluye la figura del capitán con facultades representativas especiales), y los auxiliares terrestres o trabajadores que prestan sus servicios en tierra, en las oficinas de la empresa naviera⁹.

⁷ ARROYO MARTÍNEZ I. “Personal colaborador del empresario de la navegación”, en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, MENÉNDEZ A/ROJO A (Dir.), Vol. II, 11ª ed. Civitas-Thomson, Navarra 2013, pp. 602 y ss.; MATILLA ALEGRE RAFAEL, *El naviero y sus auxiliares el buque*. ed. Bosch 1995, p 77; RUIZ SOROA, J Mª, *Manual de Derecho Marítimo. El Buque. El Naviero. Personal auxiliar*, ed. Servicio de publicaciones del Gobierno Vasco, Oñate, 1990, p. 139; PADILLA GONZÁLEZ R., “Auxiliares y agentes del empresa de la navegación”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ G.J. (Coord.) *Derecho Mercantil II*, ed. Marcial Pons Barcelona 2010 pp. 1125 y ss.; SÁNCHEZ CALERO F, *Instituciones de Derecho Mercantil*, T II, cit. p 621 y ss.

⁸ Sobre la distinción entre colaboradores dependientes e independientes *Vid.* Por todos. SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*, T I, cit., pp. 137 y ss.

⁹ GABALDÓN GARCÍA J.L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional...*, cit. p. 315

Por otra parte, están los colaboradores independientes, que son aquellas personas- físicas o jurídicas-, que colaboran con el empresario en la realización de su actividad, pero sin estar jerárquicamente subordinados a él¹⁰. Suelen ser a su vez empresarios que, como titulares de su propia empresa, se vinculan al empresario por medio de un contrato, bien sea éste un contrato de comisión, agencia, mediación, realización de obra o prestación de servicios. Entre estos colaboradores independientes son de destacar aquí el “gestor” del contrato de gestión naval -cuya actividad será objeto de estudio a lo largo de este trabajo- junto con los consignatarios de buques, los corredores marítimos, los agentes de transporte y transitarios¹¹, los empresarios de estiba, carga y descarga, los prácticos del puerto; todos ellos representan alguna nota que justifica la especialidad de la colaboración en el Derecho Marítimo¹².

Además, desde el punto de vista económico, la importancia de estos colaboradores independientes obedece a diversas consideraciones, que tienen que ver tanto, en términos de volumen de negocio como de sus relaciones, con la navegación empresarial a la cual prestan servicios auxiliares. Dentro de la navegación empresarial, en el contexto del comercio internacional, el transporte marítimo desempeña un papel fundamental, por ser un instrumento indispensable para la construcción de un sistema de transporte apto para largos recorridos, seguro, económico, poco contaminante y compatible con los medios de transporte terrestre. Pues bien, para que el transporte marítimo pueda cumplir su objetivo de ser un transporte sostenible y eficiente, es preciso adoptar una serie de medidas necesarias para la adecuada prestación y desarrollo de las actividades relacionadas, con la explotación del buque, la

¹⁰ GABALDÓN GARCÍA J.L./RUIZ SOROA J. M^a, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., pp. 380 y ss.

¹¹ Llama la atención que la figura del transitario, que de ordinario asiste al naviero en la realización de la empresa de navegación, no se la haya otorgado ninguna atención en el PLN. Vid. Para una visión general sobre esta figura TOBÍO RIVAS ANA M^a. *Los transitarios en el transporte nacional e internacional*, Comares, ed. Comares, 2008.

¹² ARROYO MARTÍNEZ I, *Compendio de Derecho Marítimo*, 4^a ed. Tecnos, Madrid 2012, pp.110 y ss.

asistencia técnica a la navegación, o la manipulación de las mercancías para su embarque y/o desembarque, en los que tiene un papel preponderante la interacción entre navegación y servicios auxiliares, complementándose para contribuir a la consecución del citado objetivo¹³.

Por otro lado, queremos indicar el diverso contenido funcional de los distintos auxiliares independientes, el cual se puede apreciar en torno al objeto sobre el que proyectan su actividad¹⁴. Así, mientras las prestaciones típicas del operador de manipulación portuaria recaen directa y exclusivamente sobre las mercancías transportadas, es decir, sobre bienes muebles y otras cosas corporales; las prestaciones de otros colaboradores independientes -consignatario, práctico y “gestor”- recaen, no tanto en el objeto que se transporta, sino sobre el propio medio de transporte es decir sobre el buque, pudiendo afectar tanto a personas como a mercancías. Otra singularidad podemos observarla en torno a la actividad y su vinculación con la autoridad portuaria, así la estiba o el practicaaje constituyen servicio portuario de interés general, mientras que la consignación de buque, no tienen tal carácter aunque se desarrolle en el entorno portuario, y las prestaciones relativas a la gestión naval no están particularmente vinculadas al puerto o sujetas a las condiciones impuestas por la autoridad portuaria¹⁵.

Todo ello pone de manifiesto el carácter multidisciplinar del estudio de las distintas las actividades realizadas por estos auxiliares independientes del naviero, que pueden ser abordadas desde diversas perspectivas¹⁶, tales como la responsabilidad por incumplimiento del contrato, requisitos de

¹³LÓPEZ RUEDA, F.C., “De los contratos auxiliares de la Navegación (Título V de los contratos auxiliares de la navegación)” en AA.VV.: *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de Navegación Marítima*, EMPARANZA SOBEJANO A./MARTÍN OSANTE J.M.,(Coords.) ed., Gobierno Vasco, Vitoria, 2006, p. 417.

¹⁴ GONZÁLEZ LEBRERO R., *Curso de Derecho de la Navegación*, Ed. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria. Gasteiz. 1998, pp. 260 y ss.

¹⁵ LÓPEZ RUEDA, F.C., “De los contratos auxiliares de la Navegación”, cit. p. 421.

¹⁶ ARROYO MARTINEZ I, *Curso de Derecho Marítimo*, cit. p. 309 y ss.

navegabilidad y seguridad, o la preservación de medio marino y terrestre, en su consecuencia las normas aplicables sobre tales actividades pueden pertenecer tanto al ámbito del Derecho privado, como al Derecho público y Derecho internacional, e incluso pueden tener diferente grado de efectividad o co-actividad, ya que nos podemos encontrar desde leyes, imperativas o dispositivas, a formularios como en el supuesto del *gestor* del contrato de gestión naval¹⁷.

Así mismo, queremos poner de manifiesto la rica terminología propia del sector marítimo, para designar con términos específicamente náuticos, cosas iguales a las existen en el ámbito terrestre, pero que se denominan de otra forma, por ejemplo, algo de todos conocido, como pueden ser los vocablos: cabo/cuerda, babor/costado izquierdo, o estribor/costado derecho, eslora/longitud del buque. Y lo mismo se extiende a las figuras que intervienen en el tráfico marítimo como por ejemplo el contrato de transporte marítimo de mercancías, denominado también fletamento, terminología que incluso se mantiene en el último Proyecto de Ley de Navegación Marítima cuando define el contrato de fletamento (ver art. 203)¹⁸; también las empresas de estiba/desestiba o de carga/descarga para designar a un mismo tipo de empresarios, lo mismo ocurre con la denominación de consignatario que se corresponde con la de agente marítimo, o por lo que se refiere a los accidentes marítimos, el paradigma sería el abordaje para designar una colisión entre dos buques; así mismo el “*gestor*” del contrato de gestión naval puede se designado con distintas denominaciones, como veremos más adelante. De todos modos, habrá de tenerse en cuenta que esta variada terminología, no es igual a una imprecisión terminológica general, que pudiera tener consecuencias en el terreno conceptual, pues si bien, puede presentar alguna dificultad a la hora de reconocer las distintas figuras, sin

¹⁷ GABALDON GARCÍA J.L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional...*, cit. p. 327.

¹⁸ Vid. www.congreso.es, Proyecto de Ley de Navegación Marítima en : BOCG nº -A-73-1- de 29/11/2013.

duda, lo que nos va ayudar a identificarlas y otorgarles un *status* determinado, independientemente del *nomen iuris* que se le otorgue en el tráfico marítimo, es el contenido de las funciones que desempeñan y las responsabilidades que asumen.

Por último, queremos señalar, que las figuras contractuales de los mencionados auxiliares independientes del naviero, a pesar de contar con una amplia tradición en el sector marítimo, no cuentan con una regulación típica, y además su forma de actuar en el tráfico complica la determinación del régimen jurídico aplicable. Pues, en la práctica, estos empresarios actúan de forma muy variada, una veces intervienen como meros intermediarios sin poder de representación, otros como comisionistas, o agentes con carácter ocasional o permanente, etc., siendo bastante frecuente la acumulación de funciones propias de otras categorías empresariales o instituciones jurídicas, lo que ha suscitado conflictos y litigios entre las partes, sin que hasta ahora los Tribunales hayan adoptado en los aspectos fundamentales una línea interpretativa estable y unánime para integrar adecuadamente su régimen jurídico¹⁹. Estamos por tanto, ante un sector de actividad complejo, en el que intervienen diversas figuras empresariales, que resultan transcendentales para el desarrollo de la empresa naviera²⁰.

I.2. Origen y evolución de las empresas de gestión naviera

La fase inicial del desarrollo en la era moderna de las compañías de gestión de buques comienza en la década de 1950 con establecimiento de una nueva generación de armadores emprendedores que detectaron oportunidades de

¹⁹ Vid. SSTs, 26 de noviembre de 2007, dictada para unificación de doctrina, en relación con la responsabilidad del consignatario cuando actúa como representante del porteador, hace responsable al consignatario de los incumplimientos de aquél. En la misma se hace referencia entre otras la de 30 de marzo de 2006 y 20 de diciembre de 2006, En igual sentido la de 14 de febrero de 2008.

²⁰ GABALDON GARCÍA/RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., p. 651.

negocio, especialmente beneficios fiscales y subvenciones en la construcción y operación de buques en ciertos países diferentes a su país de residencia²¹.

Así en esta década en Estados Unidos, comenzaron a desarrollarse las empresas de gestión de buques como negocio autónomo, cuando los armadores estadounidenses constituyeron importantes flotas de petroleros que abanderaron en el Registro libre de Liberia.

También contribuyó al progresivo aumento de la demanda de gestores de buques externos, la aparición de las banderas de conveniencia en la década de 1960²² que supuso la rotura del “lazo auténtico” entre el naviero y el Estado del cual enarbola su pabellón. Ya en el decenio de 1970, las corporaciones industriales y las instituciones financieras, sobre todo en China, especialmente en Hong Kong, necesitaban profesionales para gestionar los buques que iban adquiriendo²³. En Europa, las compañías de gestión de buques (especialmente Alemania, Mónaco, Los Países Bajos, el Reino Unido, Suiza y los países escandinavos) se desarrollaron sobre todo como ampliaciones o filiales de las empresas marítimas existentes, para encargarse particularmente de los servicios técnicos y la gestión de personal²⁴.

Pero fue la prolongada crisis que sufrió el sector de la navegación en la década de los 80, la que impulsó el auge de las compañías de gestión de buques²⁵. La crisis llevó a la quiebra a numerosas empresas navieras, en respuesta a esta situación algunas de ellas hubieron de quedar bajo el control

²¹ WILLINGALE MALCON, *Ship Management, Business of Shipping Series*, 4ª ed. Informa Professional, 2005, p. 39.

²² WILLINGALE MALCON, *Ship Management...*, cit., p.40.

²³ Vid. www.ilo.org/public/spanish. : OIT, Organización Internacional del trabajo.

²⁴ PIRKATIS VASSILIOS/NIKITAKOS NIKITAS, “*Outsourcing in Shipping companies: State of the art review*” Comunicación presentada en la Conferencia Internacional “Shipping in the area of Social Responsibility” Argostoli, Cephalonia, Greece 14-16 September 2006, ver www.researchgate.net.

²⁵ BRANCH ALAN E, *Elements of Shipping*, 8ª ed Taylor & Francis Group. Oxford, U.K. 2007, pp. 458 y ss.

de administradores ajenos al negocio de la empresa de navegación; en otros casos las navieras eran adquiridas por acreedores que desconocían los elementos del negocio naviero. Los nuevos propietarios ante la falta de suficiente conocimiento sobre la planificación y explotación de la empresa naviera, se vieron en la necesidad de contratar los servicios de empresas especializadas en la gestión y explotación comercial de buques ajenos, dando lugar a la necesidad de desarrollar los *contratos de gestión de buques* o *ship management agreements*²⁶. Puede decirse que partir de ese momento la gestión de buques, como subsector especializado dentro del sector marítimo mundial, conoció un incremento muy rápido, especialmente en entre los armadores de naciones marítimas tradicionales donde hasta entonces representaban una escala muy reducida, casi anecdótica.

Por otro lado, esta expansión de las compañías de gestión hay que atribuirlo en gran parte al cambio gradual de la empresa naviera tradicional²⁷, que estaba buscando la manera de reducir gastos estructurales y vio en esas nuevas organizaciones la posibilidad de conseguir beneficios de las economías de escala,²⁸ que resultaban difíciles de conseguir con pequeñas flotas, y de este modo obtener una mayor rentabilidad para seguir siendo competitivas.

En un principio, las compañías de gestión centraban el ahorro de costes, en la selección de la dotación y su formación, asesoramiento de la clase de buque más apropiado para un determinado transporte, posibilidad de abanderarlo en registros abiertos o dobles por ser más conveniente para los intereses del naviero. Pero a medida que la legislación fue aumentando y siendo más rigurosa con la seguridad en la navegación de los buques y la

²⁶ GORTON, HILLENUS, IHRE Y SANDEVARN, *Shipbroking and chartering practice*, 7ª ed. Informa, London 2009, p.119.

²⁷ BRANCH ALAN E, *Elements of shipping*, cit., p. 313.

²⁸ MITROUSI KYRIAKI, "Third party ship management: the case of separation of ownership and management in the shipping context", *Maritime Policy & Management*, Vol. 30 nº 1 p.83.

prevención del medio ambiente marino, los navieros observaron que era necesario realizar inversiones muy elevadas, y encontraron que las empresas de gestión de buques ofrecían una solución eficaz, ya que estas disponían de capacidades técnicas, innovación e inversión en servicios estándar a medida y de gran alcance, que para la empresa naviera resultarían excesivamente elevados²⁹. Podemos decir que en gran parte el éxito de las compañías de gestión, radica en que ofrecen a los navieros unos servicios que les permiten disfrutar del acceso a conocimientos técnicos, tripulación barata y cualificada, suministro de economías de escala, y el alivio de lidiar con el aumento de legislación, consiguiendo con ello ventajas competitivas que difícilmente lograrían mediante la gestión interna³⁰.

El sector de la gestión naval, aunque todavía sigue creciendo ha entrado ahora en una fase de madurez. Algunas estimaciones consideran que representa el 35% de la industria naviera³¹. Actualmente, los principales clientes de las compañías de gestión son navieros tradicionales de pequeño o mediano tamaño, que además de reducir costes, tienen en cuenta otros aspectos distintos, como conseguir mejoras en la calidad de las operaciones, mayor flexibilidad para adaptarse a los cambios y hace frente a las circunstancias cambiantes del sector marítimo, en definitiva mejorar sus servicios³². Y también están los bancos, grupos de inversión, navieras internacionales, astilleros, y especialmente las compañías petroleras³³, que operan normalmente bajo contratos de fletamento por tiempo, viaje, o mixtos. Para todos ellos, las empresas de gestión suministran el método ideal para garantizar que las operaciones diarias, el mantenimiento, y aseguramiento de

²⁹ MITROUSSI KYRIAKI, "Third party ship management...", cit. p. 80.

³⁰ MITROUSSI KYRIAKI, "The ship owners' stance on third party ship management: an empirical study", en *Maritime Policy & Management*, Vol. 31, p 38.

³¹ BRANCH ALAN E, *Elements of shipping*, cit., p.458.

³² PANAYIDES PHOTIS M/CULLIANE KEVIN P.B., "The vertical disintegration of ship management: choice criteria for third party selection and evaluation", *Maritime Policy & Management*, Vol., 29.1 pp.45-64.

³³ BRANCH ALAN E, *Elements of shipping*, cit., p. 295.

los buques, estén correctamente supervisados y cumplan con la reglamentación internacional y la del país de registro que le sea aplicable.

I.3. Relevancia del contrato de gestión naval, en los Formularios Internacionales, Comisión Europea, y Proyecto de la Ley de Navegación Marítima

La denominación “*contrato de gestión naval*” ha sido la elegida en la legislación proyectada de la Ley de Navegación Marítima, aunque en el sector marítimo se denomina indistintamente “*contrato de gerencia de buques*” o “*contrato de gestión de buques*”, y en ámbito anglosajón “*ship Management Agreement*”; nosotros, nos referiremos a él por cualquiera de sus denominaciones a lo largo de este trabajo.

Antes de entrar en un análisis más detallado en los capítulos siguientes, queremos adelantar la relevancia que ha ido adquiriendo este contrato desde distintos ámbitos, como seguidamente exponemos.

Ciertamente una gran mayoría de los contratos marítimos tienen carácter internacional, ya bien sea por la nacionalidad de las partes que lo celebran, sea por el pabellón de los buques, o por los puertos o lugares en los que se ejecutan³⁴. De ahí, la importancia que para el Derecho Marítimo han adquirido, no solo las reglas, principios y usos marítimos³⁵, sino también los

³⁴GABALDON GARCÍA/RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima...*, cit., pp.12 y ss.

³⁵ ARROYO MARTINEZ I, “*Derecho Marítimo*” Anuario de Derecho Marítimo, Vol. I, pp. 1 y ss.; Ídem., *Curso de Derecho Marítimo*, cit., p 101 y ss. “*Adquiere singular importancia en el Derecho marítimo la existencia de normas internacionales de aplicación voluntaria. (formularios, reglas de interpretación y contratos tipo) pero se puede afirmar que las más conocidas en el tráfico marítimo son: a) Las Reglas de York y Amberes sobre la liquidación de averías, su última revisión 1994. Pólizas de fletamento elaborados por BIMCO (Baltimex, Gencon etc.) b) Las reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales, más conocidas como INCOTERMS, cuya última versión entró en vigor en 2000; c) Las definiciones de los tiempos de plancha o estadías en los contratos de fletamento de 1980; d) Las Reglas de Lisboa sobre indemnización de daños y perjuicios en caso de abordaje, adoptadas en 1987.*

contratos tipo o formularios³⁶, creados por diversas organizaciones privadas internacionales para uniformar y así facilitar la contratación marítima internacional³⁷.

De hecho en la mayoría de los supuestos de contratación mercantil moderna, entre los que se encuentra la navegación contemporánea y sus actividades complementarias, las exigencias del tráfico no permiten en muchos casos una adaptación fiel del contrato a los intereses que pudiera tener cualquiera de las partes contratantes, sino que obliga a ese interés a plegarse a las modalidades de un contrato-tipo³⁸, de contenido predeterminado que se repite uniformemente³⁹ en una serie interminable de contratos iguales⁴⁰, así sucede, entre otros, con los conocimientos de embarque, contratos de pasaje, y ciertas condiciones generales de seguro utilizadas en el mercado internacional, que puede decirse que están más próximos a la idea de los denominados contratos de adhesión⁴¹, los cuales pueden ser descritos como conjuntos de cláusulas predispuestas e impresas, que son preparados por una parte (predisponente) y entregados a la otra para su aceptación o rechazo, pero sin posibilidad de negociar su contenido. Sin embargo existen otros formularios tipo tales como los relativos a la adquisición de buques -

³⁶GABALDÓN GARCÍA J.L. /RUIZ SOROA J.Mª, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*., cit., pp.41 y ss.

³⁷ GABALDÓN GARCÍA J.L., *Curso de derecho Marítimo Internacional* ..., cit., p. 51.

³⁸Ver SÁNCHEZ CALERO F, *Principios de Derecho Mercantil*, 7º ed. Mc Graaw Hill, Madrid 2003 p 404 y ss. OTERO LASTRES J.M., "La protección de los consumidores y las condiciones generales de contratación", *A.D.I.*, T IV, 1997, pp. 113 a 128.

³⁹SÁNCHEZ CALERO F, *Principios de Derecho Mercantil*..., cit. p 404 y ss ; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, J, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II cit., p. 197 y ss.

⁴⁰ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L." *Derecho Mercantil de Obligaciones. Parte General*". Ed Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, Madrid 2003 p 623 y ss. *Actualmente son muchos más los contratos de contenido uniforme y predeterminado "ex uno latere" en los que no entra en juego circunstancias personales, sino que se ajustan a un modelo igual e indefinidamente repetido. En este sentido la mayoría de los supuestos de contratación mercantil moderna, - compra de automóviles, arrendamientos de apartamentos, adquisición de billetes de pasaje, suscripción de pólizas de seguros...- constituyen casos en los que las exigencias del tráfico no permiten una adaptación fiel del contrato a los intereses que pudiera tener cualquiera de las partes contratantes, sino que obliga a ese interés a plegarse a las modalidades de un contrato-tipo, de contenido predeterminado que se repite uniformemente en una serie interminable de contratos iguales.*

⁴¹SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTEJ, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, cit., p. 145.

construcción naval, compraventa-, pólizas de fletamento, arrendamiento y remolque oceánico, que son más flexibles y susceptibles de discusión y modificaciones, por lo que difícilmente pueden tener encaje en la citada categoría de contratos de adhesión”⁴². Entre estos últimos encuadramos al *contrato de gestión de buques*, porque permite a las partes intervenir en ellos para imponer intereses y voluntades singulares como veremos a lo largo de este estudio.

Por lo demás, es indudable que el uso de los contratos tipo⁴³ tiene considerables ventajas en el sector de la navegación comercial, en primer lugar, reduce considerablemente el tiempo y costes de negociación, cualidad muy apreciable en el sector del negocio naviero, en segundo lugar, evitan malos entendidos y favorecen una interpretación adecuada, porque los contratantes conocen de antemano su contenido, qué clase de riesgos y qué proporción de los mismos tendrán probablemente que soportar;⁴⁴ y por último facilitan a las partes centrar su atención en aquellas estipulaciones que son negociables y que determinan el alcance de sus derechos y obligaciones, es decir el contenido definitivo del contrato.

Pues bien, precisamente la gestión de buques, es una actividad marítima, que no se encuentra regulada por una legislación internacional, las normas en este ámbito se han establecido al amparo de *contratos tipo* de Derecho Privado, siendo un claro ejemplo el formulario *BIMCO'S Standar Ship Management Agreement*, que se utiliza frecuentemente en las relaciones entre las compañías de gestión naviera y los navieros.

⁴²GABALDÓN GARCÍA J.L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional...*, cit., p.52.

⁴³SÁNCHEZ CALERO F., “*Noción y caracteres general del Derecho Marítimo*” *Revista Española de Derecho Marítimo*, 1966-1967 pp., 89 y ss.

⁴⁴GABALDÓN GARCÍA J.L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional ...*, cit., p. 51.

Este acuerdo surge, porque las partes implicadas en la gestión de buques ante la falta de una legislación o contrato tipo que regulara los derechos y obligaciones de los contratantes de una forma equilibrada, acudieron al Consejo Marítimo Internacional y del Báltico COMIB/BIMCO (Baltic and Internacional Maritime Council, en adelante BIMCO)⁴⁵, para que desarrollara un modelo equitativo y justo para ambas partes⁴⁶.

Respondiendo a tales preocupaciones BIMCO, que es una organización marítima internacional especializada en la elaboración de formularios estándar de uso en la industria naviera, y bien conocidos en todo el mundo por su aplicación, (formularios sobre fletamento, conocimientos de embarque etc.), decidió abordar el problema y creó un Comité compuesto de propietarios, managers, abogados, aseguradores, que dio como resultado el contrato *Standard Ship Management Agreement* (en adelante SHIPMAN), cuyo contenido recoge los pactos necesarios para la gestión de buques, proporcionando al sector marítimo un formulario estándar para este tipo de relaciones contractuales⁴⁷, y que ha obtenido un gran éxito, a pesar de apartarse un poco de los documentos tradicionales de BIMCO. El diseño del formulario sigue las recomendaciones de la UNCTAD⁴⁸, en cuanto a claridad y equidad de contenido, ofreciendo un resultado equitativo y equilibrado, de modo que no favorece a ninguna de las partes – navieros o gerentes- en perjuicio de la otra, cumpliendo así uno de los principales objetivos de su elaboración, razón por la

⁴⁵BIMCO, (*The Baltic and Internacional Maritime Council*) es una Organización Marítima Internacional privada, fundada en 1905 con sede en Copenhague. Esta acreditada como Organización no gubernamental (ONG) con todos los organismos de Naciones Unidas. Representa cerca del 70% de la flota mercante mundial, cuenta entre sus miembros con armadores/navieros, operadores, corredores, agentes de buques y otras muchas partes interesadas en el sector marítimo. Su principal objetivo es facilitar las operaciones comerciales de sus miembros mediante el desarrollo de contratos y cláusula tipo en toda actividad relacionada con el transporte marítimo, así como promover la aplicación de los instrumentos normativos internacionales convenidos. *Vid.* www.bimco.org.

⁴⁶GÓRRIZ LÓPEZ C, “Análisis comparativo entre los acuerdos-tipo Shipman, para la gestión de buques, Crewman”, para la gestión de la tripulación”, *ADM*, Vol. XV, 1998, p 422 y ss.

⁴⁷WILLINGALE MALCON, *Ship Management*, cit., p 126 y ss.

⁴⁸UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, *Vid.* web: www.unctad.org.es.

que la mayoría de los contratos de gestión de buques recurren a este formulario o lo toman como referencia.

La primera edición de la Póliza “SHIPMAN” data de 1988, hubo una segunda en 1998 y una tercera en 2009⁴⁹. En esta última edición se procedió a la revisión del clausulado con el fin de reflejar los cambios en la práctica de la gestión naviera y la aplicación de las nuevas normas internacionales promovidas por la Organización Marítima Internacional (en adelante OMI)⁵⁰, pero preservando cuidadosamente los principios fundamentales y asegurando la coherencia del formulario, en su conjunto.

Así el acuerdo, al igual que otros de BIMCO, está plasmado en un documento que consta de tres partes, una primera, denominado *Parte I*, que se presenta a modo de casillas que los interesados deben ir rellenando, identificando de esta forma a las partes, así como delimitándose los acuerdos específicos entre ellas; una segunda parte estándar, denominada *Parte II*, que recoge el contenido de los derechos y obligaciones de los contratantes y que es igual en todos los contratos, y una tercera parte consistente en los *anexos* en los que se especifica entre otras cosas, las características y particularidades del buque o buques objeto de administración, identificación de la tripulación si también se incluye en la gestión, el presupuesto inicial elaborado por el *gestor* para el primer año con efectos desde el día del comienzo del contrato etc.

⁴⁹Vid. modelo de póliza Shipman 2009 en:

https://www.bimco.org/~media/Chartering/Document_Samples/Sundry_Other_Forms/Sample_Copy_SHIPMAN2009.ashx

⁵⁰ El nombre inicial de esta institución era Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (OCMI o IMCO en sus siglas en inglés) ; se crea mediante un Convenio adoptado en una Conferencia internacional de Naciones Unidas celebrada en Ginebra en el año 1948. Dicho Convenio entró en vigor en el año 1958.; y tras una enmienda de 1975 que entro en vigor en el año 1982, la organización pasa denominarse como se le conoce actualmente: *Organización Marítima Internacional* (OMI, en inglés IMO) está dedicada a promover regulaciones internacionales enfocadas a la seguridad marítima, eficiencia de la navegación y prevención de la contaminación de la mar ocasionada por los buques. De hecho ha adoptado como lema “*por una navegación más segura en unos mares más limpios*”. Vid.en: www.imo.org.

Por lo demás hay que subrayar que BIMCO como autora intelectual del modelo de contrato, con esta presentación persigue como objetivo que las partes puedan acomodarlo a sus necesidades, de modo que sean los destinatarios- *navieros y gestores*- quienes asuman la autoría de los compromisos al servirse del formulario y adaptarlo a sus circunstancias, asumiendo voluntaria y libremente los pactos que estimen oportunos, sin olvidar que el mismo constituye un todo integrado, y que es importante respetar su esencia para mantener el equilibrio *Inter- partes*. Aunque evidentemente al ser un Organización de ámbito privado con un carácter más práctico que científico, sus formularios no son instrumentos normativos internacionales amparados en un Convenio Internacional, por lo que aquéllos, a pesar del éxito que puedan tener en el ámbito internacional del negocio marítimo, no dejan de ser acuerdos del derecho privado encaminados a facilitar las operaciones comerciales de sus miembros en el sector marítimo.

Por otra parte, la propia Comisión Europea en su Comunicación (2009/C 132/06)⁵¹ por la que establece orientaciones sobre las ayudas estatales a las compañías de gestión naviera, reconoce que en el ámbito marítimo, la gestión de buques es una actividad fundamental de las empresas navieras dedicadas al transporte marítimo, que tradicionalmente venían asumiendo ellas mismas. Sin embargo, en la actualidad, esta actividad se externaliza mediante la contratación de los servicios de las compañías de gestión naviera, que son operadores profesionales con trayectoria y experiencia.

En particular, la Comisión considera, que precisamente por su especialización y la índole de su actividad principal, las compañías de gestión naviera pueden contribuir de manera importante a alcanzar los objetivos de las Directrices, en particular, al logro de “*un transporte marítimo eficaz, seguro, y*

⁵¹*Vid.* Comunicación de la Comisión que establece orientaciones sobre las ayudas estatales a las compañías de gestión naviera (2009/C 132/06) DOUE 11.6.2009. En relación Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC nº 397/097COL de 14 de octubre de 2009 DOUE 1.12.2011, L 318/51.

no dañino para el medio ambiente” y la consolidación del sector marítimo establecido en los Estados del EEE.

Así mismo, reconoce que la gestión de buques no está regulada por ninguna legislación internacional, y que en la actualidad las relaciones entre las compañías de gestión naviera y los armadores se regulan en el ámbito de la autonomía de la voluntad mediante acuerdos entre las partes, y pone como ejemplo, el formulario SHIPMAN de BIMCO señalado anteriormente.

Por último, queremos también poner de manifiesto, la importancia que ha ido adquiriendo este contrato en el negocio marítimo, que ha determinado que el legislador lo incluya por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, en el Proyecto de Ley la Navegación Marítima⁵², agrupado en Título V, bajo el enunciado de “ *De los contratos auxiliares de la navegación*”. Es significativo que el propio legislador que ha redactado el Proyecto, ha declarado que el *gestor* del contrato de gestión naval es una figura nueva nacida de las circunstancias que concurren en el tráfico, que no se identifica con el naviero-gestor del Código de Comercio, ni tampoco con el gestor de la asociación de copropietarios también previsto en el mismo cuerpo legal.

Asimismo, señalar, que si bien en la exposición de motivos se dice que se han seguido los patrones que ha ido generando la vida del tráfico marítimo, en especial el modelo contractual elaborado por BIMCO, sin embargo en algunos aspectos relevantes como veremos a lo largo de este estudio se aleja de figura contractual prevista en el derecho de los formularios⁵³.

⁵²*Vid.* La Propuesta del Anteproyecto al Proyecto de Ley General de Navegación Marítima fue publicada por el Mº de Justicia en 2004. Desde entonces la iniciativa legislativa ha sufrido distintos avatares, sin que todavía a día de hoy tenga refrendo legal. En la actualidad el Proyecto de Ley de Navegación Marítima se encuentra sometido a informe de la comisión de justicia del Congreso de los Diputados. Su texto se puede consultar en : BOCG nº -A-73-1- de 29/11/2013.

⁵³Ver Exposición de motivos (punto VII) del Proyecto de Ley de Navegación marítima. El texto legislativo proyectado ha sufrido destacables modificaciones, la más significativa en lo que se refiere al contrato de gestión naval, es la relativa a la modificación del régimen jurídico supletorio aplicable,

pues en un principio se consideraba solamente aplicables las normas reguladoras del contrato de comisión, pero en el último Proyecto de Ley de 29 de noviembre de 2013, se ha modificado, estableciéndose que en defecto de pacto se regulara por las normas del contrato de agencia o de comisión según se trate o no de una relación duradera. Sin embargo, a nuestro modo ver, debido a las peculiaridades de algunas de las actividades típicas de la gestión de buques, así como, las distintas modalidades de llevarla a cabo, el régimen supletorio propuesto no es el más adecuado para la figura contractual que se recoge en el Derecho de los Formularios como analizaremos a lo largo de este estudio.

CAPÍTULO II

CONCEPTO DEL CONTRATO DE GESTIÓN NAVAL: ELEMENTOS DEFINITORIOS

II.1. Concepto de contrato de gestión naval

Como hemos mencionado, el contrato de gestión naval es una figura, que no está contemplada expresamente en nuestro Código de Comercio, sin embargo, hoy en día, está ampliamente extendida en el sector marítimo. Estamos por tanto ante una figura carente de regulación específica, pero con tipicidad social⁵⁴, pues en la práctica resulta conocida y regulada contractualmente mediante formularios de uso habitual en el negocio marítimo; entre los que destaca como referencia el formulario *Standard Ship Management Agreement (SHIPMAN 2009)*, en la medida en que constituye un fiel reflejo de la posición jurídica que asumen cada una de las partes en el actual práctica contractual internacional y por ello se utiliza frecuentemente entre las compañías de gestión naviera y los navieros para darle forma jurídica a sus relaciones.

Pues bien entendemos que puede definirse este contrato de gestión naval como:

“Aquel contrato por el cual una de las partes, el gestor (managers) se obliga, a cambio de una remuneración, a poner a disposición del naviero (owners) sus servicios marítimos de gestión naviera por un tiempo, para gestionar la explotación del buque en nombre y por cuenta aquél y con el alcance estipulado en el contrato.

El naviero de acuerdo con el contrato tiene la posibilidad de optar, por la gestión integral de la explotación del buque, que comprende las funciones técnico-náutica, laboral, comercial y aseguradora, o bien, requerir sólo por alguna o algunas de las funciones implicadas en tal explotación, en el primer supuesto el *gestor* vendrá obligado a realizar todas las funciones referidas en

⁵⁴ LÓPEZ RUEDA, F.C., “De los contratos auxiliares de la Navegación” cit., p. 424.

el contrato para gestionar la explotación del buque, y en el segundo, se obligará únicamente a realizar los actos que requieran las funciones específicamente asumidas. Pero en cualquiera de las opciones elegidas, la obligación substancial del *gestor* es poner a disposición del naviero sus servicios marítimos especializados en la gestión de buques. Y ello nos permite distinguir el contrato de gestión naval de los principales contratos de utilización del buque, tales como el arrendamiento de buques en el que el objeto es una cosa, y en aquél son los servicios del *gestor* que versan sobre un buque como bien productivo, tampoco se trata de que el naviero ponga a disposición del *gestor* un buque con la finalidad de transporte, sino lo contrario, es el *gestor* el que ofrece sus servicios para que el naviero pueda explotar comercialmente el buque.⁵⁵

En cuanto a la finalidad de esta clase de contratos, las compañías navieras, buscan la obtención de unos conocimientos de carácter profesional, para una adecuada, racional y eficaz explotación de sus buques. Es evidente que dada la situación de competitividad que vive el sector empresarial naviero, un conocimiento preciso de cómo gestionar la explotación de sus buques, permite el desarrollo óptimo de la empresa naviera y conduce no solo a su supervivencia en el mercado sino también a un mejor rendimiento económico⁵⁶.

Los navieros recurren a este tipo de contrato, porque buscan un gestor de buques profesional, que cuente con un equipo cualificado, con una experiencia demostrada a lo largo del tiempo en el sector de la gestión naviera⁵⁷. Porque como veremos más adelante, actualmente la explotación del buque, debido a la complejidad y dificultad de algunas actividades, requiere que su ejercicio sea llevado a cabo por auténticos expertos en la materia que,

⁵⁵GÓRRIZ LÓPEZ C, “ Análisis comparativos entre los acuerdos SHIPMAN...”, cit., p. 425.

⁵⁶ MITROUSSI KYRIAKI, “Third party ship management...”cit. p. 81.

⁵⁷ WILLINGALE MALCOM , *Ship management*, cit., p. 103 y ss.

por otra parte, pueden dar al naviero una visión global tanto de aspectos técnicos como comerciales, con el fin de obtener una mayor eficiencia y rendimiento del buque, lo que va a permitir al naviero tomar decisiones con mayor objetividad, proporcionándole así, distintas ventajas estratégicas que le ayuden a obtener una mayor competitividad en la explotación del buque⁵⁸.

Por su parte la empresa de gestión de servicios marítimos (*Shipmanagement*) dispone de un sistema y métodos propios de gestión de buques⁵⁹, de saberes y conocimiento técnico especializado, su profesionalidad y calidad, en definitiva lo que podríamos llamar su “*Know-how*”⁶⁰. De este modo el *gestor* especializado que ha realizado a lo largo del tiempo elevadas inversiones en tecnología, en metodología y en recursos humanos, ofrece al naviero una reducción de costes en la gestión, en base al aprovechamiento de las economías de escala, así como disponer de la última tecnología sin necesidad de realizar costosas inversiones. Además persigue que con sus procesos y habilidades se mejore la calidad de la operativa del buque. También ofrece al naviero una mayor flexibilidad para afrontar los cambios y las oportunidades que se presentan, ya que la organización del *gestor* debido a

⁵⁸ PANAYIDES PHOTIS M/CULLIANE KEVIN P.B. “The vertical disintegration of ship management: choice criteria for third party selection and evaluation” en *Maritime Policy & Management*, Vol., 29.1 2002, p. 79.

⁵⁹PÉREZ MORIONES A, *El contrato de gestión hotelera*, ed. Tirant Lo Blanch Valencia 1998, p 86. Considera los conocimientos de gestión empresarial como elementos constitutivos de la noción de tecnología, porque el concepto de tecnología comprende una serie tan amplia y diferenciada de procedimientos y de saberes, en los que se puede incluir métodos y saberes de naturaleza comercial susceptibles de aplicarse al contrato de gestión empresarial. Relevante doctrina mercantilista en relación con el concepto de tecnología, da una noción amplia, así VICENT CHULIA F, “*Régimen jurídico de la transferencia de tecnología extranjera*” R.J.C, 1975 p.834 y ss “la define como la aplicación práctica de conocimientos relacionados con el marco de producción, de la administración, de la organización o de la economía...” FERNÁNDEZ NOVOA C “*La inclusión de los derecho de Propiedad industrial dentro de la transferencia de tecnología*” en seminario sobre adquisición de tecnología extranjera. Instituto de Estudios Bancarios y Bursátiles, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Bilbao, 1975, p. 149 “ afirma que en sentido etimológico y estricto, tecnología es el tratado o conjunto ordenado de conocimientos relativos a la técnica, por lo que si se formula el concepto de técnica, se formula al mismo tiempo el concepto de tecnología en sentido estricto”.

⁶⁰ GORTON LARS/ ROLF IHRE/ARNE SANDEVARN, *Shipbroking and Chartering practice*, cit., p. 119; *Vid.* En relación con el Know how, GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “En torno al concepto de know-how” en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, (Tecnos) 1971. T. II, pp. 409 y ss.

su especialización está mejor preparada para hacer frente y adaptarse a las circunstancias cambiantes del negocio marítimo, tales como nueva normativa legal que implique modificaciones en la construcción, inspección u operativa del buque, aparición de nuevas tecnologías, cambio cultural de los clientes, nuevos mercados emergentes...etc., así pues, el *gestor* proporciona servicios con valor añadido que generan ventajas competitivas, y los pone a disposición del naviero para gestionar la explotación del buque.

En definitiva el *gestor* ofrece al naviero sus servicios marítimos especializados para gestionar, en nombre y por cuenta de aquél, todas o parte de las actividades relacionadas con la compleja explotación del buque. Y como contrapartida por los servicios prestados del naviero abonará una remuneración al *gestor*, que suele fijarse anualmente y pagarse anticipadamente en plazos mensuales.

Se trata por tanto de acuerdos de cooperación o colaboración entre empresarios independientes, -en la práctica común, suelen ser sociedades mercantiles-, sin relación de subordinación, pues ambos asumen riesgos empresariales distintos y propios de la actividad desempeñada⁶¹.

En las páginas que siguen analizaremos los elementos esenciales del contrato de gestión naval, para explicar su significado o función y conocer las razones justificativas de la aparición de esta modalidad contractual.

⁶¹ GÓRRIZ LÓPEZ C, “Análisis comparativo entre los acuerdos SHIPMAN”. cit., p. 425.

II.2. Consideraciones Preliminares de carácter terminológico: El término “gestor”

Por lo que respecta a la utilización del término “gestor”, un sector de la doctrina⁶², considera que la denominación más acorde para esta figura en español es “gestor del naviero” o simplemente “gestor”; toda vez que el “gestor del naviero” es un colaborador independiente del naviero, y en la mayor parte de los casos una sociedad mercantil que presta sus servicios marítimos especializados al naviero para gestionar todo lo concerniente a la explotación de la empresa naviera, ya comprenda un solo buque, varios o incluso una flota.

Sin embargo otro sector de la doctrina⁶³, considera que este colaborador de la empresa de navegación marítima se trata en realidad de la figura evolucionada y más moderna del gestor naval del Código de Comercio, pero para evitar su confusión con esta modalidad, resulta preferible designarlo con el término de “naviero-gestor”. Incluso se admite designarlo mediante la expresión inglesa “Shipmanager” utilizada en los formularios-tipo internacionales por estar más extendida en la práctica del tráfico marítimo.

A nuestro modo de ver, atendiendo a que en los formularios tipo como la póliza “SHIPMAN” -Standard Ship Management Agreement- de BIMCO, está redactada su original en el idioma inglés y maneja a lo largo de su clausulado para referirse a la partes, únicamente las palabras “owners” y

⁶²GABALDON GARCÍA J.L/ RUIZ SOROA- *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., p. 427. Los autores consideran que debe designarse al *manager* de los formularios con el nombre de “gestor del naviero” o simplemente “gestor”. Siguiendo este mismo criterio el legislador en el PLNM, ha considerado más adecuado para designar a la persona encargada de gestionar por cuenta y en nombre del naviero, todos o algunos de los aspectos implicados en la explotación del buque la utilización del término “gestor”.

⁶³ ARROYO MARTINEZ I, *Curso de Derecho Marítimo*, cit., p. 311.

“managers”⁶⁴, unido a que el PLNM, al regular el contrato de gestión naval y referirse a la persona que se compromete a gestionar la explotación del buque utiliza única y expresamente el término “gestor” sin ningún adjetivo, nos ha parecido quizás más adecuado, teniendo en cuenta estos precedentes la utilización simplemente del término “gestor” que recoge un concepto general de actividad de gestión de servicios empresariales ajenos, entre los que se pueden incluir lógicamente los marítimos, como se desprende del propio contenido del contrato.

II.3. Elementos personales.

II.3.1. Naviero o armador

El naviero es una figura regulada tradicionalmente en el Código de Comercio, aunque de un modo múltiple y equívoco, lo que ha dado lugar a que su concepto haya sido formulado en forma confusa tanto en el Código de Comercio⁶⁵ como en disposiciones posteriores. En efecto, durante mucho tiempo se ha mostrado una acusada propensión a identificar o confundir, las figuras de “propietario” y “naviero”, es decir: los títulos jurídicos que dan derecho a gozar y disponer del buque con los que facultan para poseerlo y explotarlo⁶⁶.

⁶⁴ La Asociación de Navieros Vascos –ANAVAS- en la traducción al español de la Póliza “SHIPMAN 1998”, sus traductores, realizaron una nota advirtiendo que permanecería en el contrato en su forma inglesa los términos “manager” “management” “Shipman”.

⁶⁵ Ver sobre la figura del naviero: ARROYO I, Voz “NAVIERO”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4393-4398; DUQUE DOMINGUEZ, J. F. “Naviero”, *Enciclopedia Jurídica Seix*, T. XVIII, Barcelona, 1983, pp. 143-196; GABALDÓN GARCÍA/RUIZ SORA J. M^a, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit. pp. 346 y ss.; GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *La Limitación de la responsabilidad civil del naviero*, Gobierno Vasco, Vitoria, 1996; GIRÓN TENA, J., *El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico*, Bilbao, 1959; MATILLA ALEGRE R., *El naviero y sus auxiliares. El buque*, cit., pp. 245 y ss.; RUBIO J., “Sobre el Concepto de Naviero en el código de Comercio” *Revista Facultad de Derecho*, núm. 1, Madrid, 1940, pp. 22 y ss.; Sainz de Andino y la *Codificación Mercantil*, Madrid 1950, pp. 213 y ss.; RUIZ SOROA J. M^a, *Manual de Derecho Marítimo: El buque, el naviero, personal auxiliar*, Oñati, Escuela de Administración Marítima del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz 1990, pp. 247 y ss.; VICENT CHULIÁ F., “Naviero, propietario del buque y empresario de la navegación y del transporte en el Código de Comercio Español” *RJC*, 1976.

⁶⁶ RUBIO JESUS, “Sobre el concepto de naviero ...”, cit., p. 22.

Pero este anacronismo prácticamente ha sido superado, porque la realidad económica de la navegación ha dejado atrás los estrechos márgenes de la institución jurídica de la propiedad, para entrar en el ámbito de las actividades económicas organizadas y de las propias organizaciones económicas, es decir en el ámbito propio de las empresas. Con esta nueva perspectiva la relación de propiedad⁶⁷ no puede definir al naviero, que es un concepto de contenido funcional; una noción que se delimita o define en función de una actividad: se “es” naviero por “lo que se hace y como se hace”.⁶⁸

Actualmente la doctrina mayoritaria⁶⁹ considera que el conjunto de los preceptos del Código de comercio permite entender que el naviero: “*Es la persona que ejerce en nombre propio la explotación comercial del buque*”.⁷⁰

La explotación comercial que se realiza con el buque, puede tener por objeto actividades diferentes: el transporte de mercancías y pasajeros, el

⁶⁷ El “*propietario del buque*” es un concepto de índole básicamente estática, que no requiere de ningún elemento funcional o dinámico. Así el Código Civil en su art. 348 define la propiedad como un “derecho” y no como una actividad: “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes...*”

⁶⁸ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., “El naviero, su régimen y su responsabilidad” en La Reforma de la Legislación Marítima, Ed. Aranzadi, Navarra 1999, p. 33. El autor define al naviero “*la persona natural o jurídica que posee uno o varios buques, y con carácter profesional y en nombre propio, desarrolla una actividad constitutiva de empresa, a través de la navegación*”.

⁶⁹ SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol., II, cit., p. 685; ARROYO MARTINEZ I, *Curso de Derecho Marítimo*, .cit. pp., 285 y ss.; GABALDÓN GARCÍA, J.L., /RUIZ SOROA J. M^a, *Manual de Derecho de la navegación Marítima*, cit., p. 260; GONZÁLEZ-LEBRERO R, *Curso de Derecho de la Navegación*, cit., p. 245. MATILLA ALEGRE R, *El naviero y sus auxiliares. El buque*, cit., p 21.

⁷⁰ Vid. Real Decreto legislativo 2/2011 de 5 de septiembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.(LPMM) en su art. 10 ha dado un concepto amplio diciendo que :“*se entiende por empresario o empresa naviera la persona física o jurídica que, utilizando buques mercantes propios o ajenos, se dedique a la explotación de los mismos, aun cuando ello no constituya su actividad principal, bajo cualquier modalidad admitida por los usos internacionales*”.

El último Proyecto de la Ley General de Navegación Marítima presentado en el Congreso de los Diputados el 29 de noviembre de 2013, ha incluido la figura del armador junto con la del naviero, de modo que las atribuciones que antes correspondían al naviero ahora corresponde al armador. Por tanto en los contratos donde antes se utilizaba el vocablo naviero ahora es sustituido por el término armador. Nosotros hemos considerado más adecuado seguir utilizando el término y concepto de Naviero conforme a la legislación vigente.

remolque, la puesta a disposición de un tercero, a cuyas órdenes navegará, el salvamento, el recreo y el turismo, o la pesca⁷¹.

Así como el concepto de naviero ha sido un tema complejo, su condición de empresario mercantil⁷² dentro de nuestro ordenamiento también ha suscitado dudas al respecto, pero se ha concluido que debido a la complejidad que se desprende de la actividad de armar un buque para su navegación, es un “empresario” y por este motivo se le exige que tenga “aptitud para comerciar y hallarse inscrito en la matrícula de comerciantes de la Provincia” (art. 595-1º C de Co). Este último requisito de la inscripción obligatoria del naviero, aun tratándose de un empresario individual, es una especialidad frente al régimen general de estimar potestativa la inscripción de las personas individuales que sean empresarios mercantiles. Además como característica propia, aunque de alcance puramente administrativo, se le exige a los navieros sean personas individuales o jurídicas, la inscripción en el Registro de Buques y empresas navieras, que es único para toda el Estado⁷³.

⁷¹ RUIZ SORA J. Mª, *Manual de Derecho Marítimo. El buque, el naviero, personal auxiliar*, cit., p. 90 El autor considera que ha de extenderse la aplicación de todas aquellas normas cuyo fundamento está en los especiales riesgos de la navegación a todo naviero, sea comerciante en sentido propio, o dedique su buque a la pesca, investigación, deporte etc.

⁷² GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L. “El naviero, su régimen y su responsabilidad”, cit. p. 59. El autor opina que todo naviero, por el hecho de serlo, incluso el que arma y emplea el buque para su uso personal, debe considerarse “empresario”, aunque su actividad no produzca una extroversión de resultados, al mercado, por la propia complejidad del armamento de un buque.

⁷³ Vid. art. 251 y 252 Real Decreto legislativo 2/2011 de 5 de septiembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM). Es un registro público de carácter administrativo, que tiene por objeto la inscripción de los buques abanderados en España y las empresas naviera españolas. Su estructura es territorial y se extiende a todo el territorio español, con un nivel central (Registro Central en la DGM) y una red periférica (Registro de las Capitanías Marítimas).

El naviero o la empresa de navegación, como empresarios marítimos, se sirven del contrato de *gestión de buques*, para realizar su actividad económica, de navegación y explotación del buque⁷⁴.

II.3.2. *Gestor, sociedad de gestión o gerencia de buques*

Por lo que respecta a la figura del “*gestor*”,⁷⁵ tal como hemos señalado –en inglés– viene designada con el calificativo de “*managers*”. Ambos términos, puede encontrarse en el texto del Convenio de Londres de 19 de noviembre de 1976, –en su versión inglesa o española–, sobre Limitación de Responsabilidad por Reclamaciones marítimas. Por tanto la denominación de “*gestor*” aparece en la legislación internacional marítima que forma parte de nuestro derecho interno al ser publicada en el BOE. Así en el citado Convenio en su art.1 incluye expresamente la figura que estamos contemplando entre las personas titulares del beneficio de limitación de responsabilidad; igualmente se especifica que el término propietario de buque significa el *propietario, fletador, armador y el operador de un buque mercante*, debiendo entender que ese operador no es otro que el “manager” del formulario “SHIPMAN 2009”. También se hace referencia al mismo en el Convenio de Responsabilidad Civil por Contaminación de Hidrocarburos de 1992 (CC/ 92), en el art. 3.4 al referirse a la canalización de la responsabilidad del propietario del buque tanque, establece que no podrá promoverse ninguna reclamación de daños por contaminación contra una relación de personajes entre las que se encuentra expresamente citado el “gestor naval.” De tal forma que estamos

⁷⁴ Hay que tener presente que el objeto de gestión es el buque, y el concepto jurídico de buque aparece definido en el Código de comercio en el art. 585, incluso en diversos artículos del Código, se enumeran los elementos que integran el concepto de buque aplicables a los diversos supuestos negociables, tales como compraventa (art 576), hipoteca naval (art.7), préstamo a la gruesa (Art. 724), Limitación de responsabilidad (art. 587 y 837) etc. Ver en este sentido RUIZ SOROA J. Mª, *Manual de Derecho Marítimo: El buque, el naviero, personal auxiliar*, cit., p.13 y ss.

⁷⁵ Vid. art. 1. Del Convenio de Londres de 19 de noviembre de 1976 BOE.... Y art. 3.4 del Convenio de Responsabilidad Civil por Contaminación de Hidrocarburos de 1992 (CC/ 92).

ante una figura conocida en el tráfico marítimo y que el legislador internacional se refiere a ella en términos similares a cualquier otro sujeto de la navegación como el fletador, el armador, el consignatario, el práctico o el propietario del buque.

En cuanto a la condición de empresario del “*gestor*” creemos que dicha cualidad puede deducirse con relativa claridad de la forma en que realiza su actividad y de las pautas de conducta que establecen los formularios internacionales y el PLNM como seguidamente exponemos.

El “*gestor*” al que se refiere los formularios internacionales como el de BIMCO, actúa normalmente en el tráfico como persona jurídica mediante una sociedad de gestión de buques, y no está vinculado con el naviero o armador a los que presta sus servicios de gestión, por una relación de subordinación o dependencia, es decir no está inserto de la organización de la empresa naviera, ni tampoco es participe en la propiedad del buque objeto de gestión. Esta nota esencial de independencia⁷⁶, se manifiesta en que el “*gestor*” crea su propia organización⁷⁷ y ejercita una actividad profesional y organizada de prestación de servicios marítimos, que ofrece al naviero para administrar y gestionar su buque, es decir el *gestor* es un empresario específicamente organizado con el fin de prestar servicios marítimos (“*facere*”), para lo cual pone a disposición de su cliente – el naviero o empresa naviera- su organización con sus recursos materiales y humanos, inversiones tecnológicas, su sistema propio de gestión, su conocimiento técnico y especializado, su profesionalidad y calidad, en definitiva la puesta en valor de su especialización para así realizar su finalidad u objeto. Por tanto el hecho

⁷⁶ Vid. GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE J, Los agentes comerciales “ R.D.M. núm. 83, 1962, p. 24, destaca como nota esencial del empresario autónomo la independencia.

⁷⁷ SÁNCHEZ CALERO F,” El Código de Comercio y los contratos mercantiles” en *Centenario del Código de Comercio* , edita Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones),Madrid 1986 T. I. p. 36, afirma que refiriéndose a los agentes de la LCA, que son empresarios porque crean una organización

de ser titular de una empresa con su propia organización y su actuar con independencia, es consustancial para ostentar la condición de empresario⁷⁸.

Con respecto a la nota de independencia y trato de igualdad en las prestaciones de los contratantes se puede observar, como veremos más adelante, en las formas de extinción del acuerdo que prevé el formulario SHIPMAN 2009, en cualquiera de ellas el tipo indemnización previsto es de carácter objetivo y predeterminado, y no tuitivo o de protección especial del *gestor* en su relación con el naviero, -salvo claro en el caso de resolución por incumplimiento- Este trato de igualdad hay que buscarlo en el hecho de que, con frecuencia, las partes poseen una dimensión económica semejante⁷⁹, que las sitúa en una posición paritaria a la hora de pactar el clausulado del contrato, y sobre todo dada la condición de empresarios de las dos partes, y el régimen de la libertad de pactos, que como criterio de contratación rige en el ámbito mercantil, precisamente el PLNM, al regular este contrato se mantiene fiel a dicho principio dejando a las partes libertad para regir sus relaciones.

Además tal cualidad de empresario del “gestor” se conecta con la condición de profesional⁸⁰ que también ostenta, como experto⁸¹ en la gestión de buques por cuenta propia, esto es encargarse de todos los aspectos implicados en la explotación del buque mejorando la calidad del servicio. No ofrece duda que la profesionalidad constituye una característica propia del *gestor*⁸², que se manifiesta desde la misma formación del negocio contractual,

⁷⁸ SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, cit. pp. 108 y ss.; VICENT CHULIÁ F., *Introducción al derecho mercantil*, Vol. I, cit., p.172

⁷⁹ WILLINGALE MALCON, *Ship Management...*, cit. p. 23.

⁸⁰ MARTI SÁNCHEZ J.N. “ El contrato de Agencia” Monográfico contratos de gestión, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial 1995 p 206.

⁸¹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ A, “Auxiliares del Empresario” en R.D.M. 1959, Vol. XXVII, p 270. Los colaboradores autónomos del empresario asumen: “por si mismos la posición de empresarios y ...ejercen una profesión jurídicamente autónoma,.....”.

⁸² BOWSTEAD & REYNOLDS, *On Agency*, 19ª ed., Sweet & Maxwell, UK 2010, p. 109 y ss.

porque la confianza que deposita el naviero en el *gestor* se centra principalmente en su capacidad profesional. Mediante este contrato el naviero busca a una empresa especializada en proporcionar servicios marítimos de gestión de buques.

Otro elemento más que nos indica, la condición de empresario del “*gestor*”, reside las pautas de conducta que han de regir su actividad. En la mayoría de los formularios internacionales y en especial en el póliza SHIPMAN de BIMCO⁸³, se plasma esta exigencia en la expresión: “*use their best endeavours*”⁸⁴, es decir, se compromete a actuar “*desplegando sus mejores oficios*”, conducta que en el marco del derecho anglosajón⁸⁵, se configura a modo de referencia objetiva de diligencia típica y habitual en el sector de los negocios⁸⁶.

Y este principio de actuación del *gestor*, suele ir acompañado de otro que lo complementa y que se recoge en la expresión “*sound ship management*” (*gestión leal del buque*); expresión que ha de valorarse⁸⁷ como pauta o regla general de comportamiento que atiende a principios generales, debiendo apreciarse según las circunstancias que se presenten en cada caso concreto.

Las citadas expresiones inglesas⁸⁸, en el derecho español podrían equivaler a la diligencia de un ordenado empresario o comerciante y

⁸³ BIMCO Special Circular, “*Shipman 98, Standard Ship Management Agreement*”, n.3, 19/8/98.

⁸⁴ Vid. Póliza “SHIPMAN 2009”, cláusula 8ª, *The Managers undertake to use their best endeavours to provide the Management Services...*”.

⁸⁵ BOWSTEAD & REYNOLDS, *On Agency*, cit., p. 110.

⁸⁶ BOWSTEAD & REYNOLDS, *On Agency*, cit., p. 106.

⁸⁷ BOWSTEAD & REYNOLDS, *On Agency*, cit., p. 106 y ss.

⁸⁸ En el derecho español esa diligencia, debe entenderse como mínimo la “*diligencia de un ordenado comerciante*”, ya que el “*gestor*” al tener la condición de empresario se le ha de obligar a actuar con la diligencia propia de los mismos.

representante leal⁸⁹, interpretada con amplitud y vocación expansiva, en función de la actividad que desarrolle el empresario⁹⁰.

Igual criterio aparece reflejado en el PLNM, que en este aspecto, sigue la disciplina contractual de los formularios, al recoger expresamente que el *gestor* del naviero deberá cumplir sus obligaciones con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal protegiendo los intereses del naviero.

Y por último, queremos mencionar, que en el acuerdo SHIPMAN 2009 se recoge como causa de resolución la disolución, liquidación, o un estado de insolvencia que pudiera dar lugar a la declaración de concurso de cualquiera de las partes contratantes, es decir se trata de situaciones típicas de los empresarios.

En nuestra opinión, no cabe duda de que el "gestor" tiene la condición de empresario y como tal ha de actuar con la diligencia propia de los mismos.

II.4. Elementos reales y objeto

II.4.1 Objeto y la autonomía contractual

Desde un punto de vista amplio puede decirse que la autonomía contractual mercantil aparece reflejada en el art. 51 del CCo que reconoce la libertad de celebrar contratos mercantiles –válidos y eficaces- en cualquier

⁸⁹ SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, cit., pp. 99 y ss. VICENT CHULIA F, *Introducción al derecho mercantil*, Vol. I, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 774-775.

⁹⁰*Vid.*, BROSETA PONT, M. /MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, cit., pp. 447 y ss.; LOJENDIO OSBORNE I./CRUZ RIVERO D. "La administración de la sociedad" en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G (Coord.), *Derecho Mercantil I*, Vol. 2º, 14ª Marcial Pons, Barcelona 2010, pp. 256 y ss.; SÁNCHEZ CALERO F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ed. Thomson –Civitas, Navarra 2005, pp. 161 y ss.

forma y de cualquier clase o tipo. Así mismo en el art. 57 del mismo código, se establece la necesidad de respetar escrupulosamente la voluntad de los contratantes según los términos contractuales. Y por último, los art. 51 y 52 del CCo recogen la libertad en materia de forma. Del conjunto de estos preceptos parece lógico deducir que la autonomía⁹¹ se extiende a todos y cada uno de los aspectos del contrato, dando a las partes la posibilidad de conformar el contrato a su gusto⁹². Por tanto, cuando se habla de la “autonomía contractual privada” ésta incluye, entre otros aspectos, la libertad de las partes para configurar los elementos objetivo-causales y el contenido del contrato⁹³. Esta libertad contractual aplicada a nuestro caso supone que el naviero y el *gestor* son libres de decidir los términos del contenido del contrato de gestión de buques que ha de reflejar la voluntad de ambas partes.

Por lo que ahora nos interesa examinaremos, si el contenido del contrato de gestión de buques, reúne las condiciones o requisitos esenciales para que el ordenamiento –en el reconocimiento de la libertad contractual- le depare su protección, reconociéndole eficacia como *lex privata* y como fuente de obligaciones, conforme a los artículos 6º.3 y 1.255 del CC o 53 y 118 CCo.

Pues bien el artículo 1261 del CC, al establecer los requisitos esenciales que deben concurrir para la validez de los contratos, cuando hace referencia al objeto del contrato establece: “ 2º. *Objeto cierto que sea materia del contrato*”, esta alusión exclusiva a la materia del contrato, para relevante

⁹¹Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A: “El Derecho Mercantil del siglo XXI” en la *Ley*, núm. 2646 de 26 de diciembre de 1990, p. 1 y ss.; URÍA R/APARICIO Mª L, *Derecho Mercantil*, 28 º ed. Marcial Pons, 2002, p. 620.

⁹²GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J, *Curso De Derecho Mercantil*, T.II, 7º ed., Imprenta Aguirre, Madrid 1980 p. 31.

⁹³ ALBADALEJO GARCÍA. M., *Derecho civil. Derecho de las obligaciones* T.II, 14ª ed. Edisofer SL Madrid 2011, pp. 369 y ss.

doctrina⁹⁴ significa que el clausulado contractual, es decir, el conjunto de pactos cláusulas y condiciones (art.1255 CC), adquiere un papel fundamental en el ámbito del análisis del objeto del contrato en cuanto contribuyen a determinar la realidad socioeconómica que la voluntad de las partes tratará de disciplinar sometiéndola a la *lex contractus*⁹⁵.

Por consiguiente, para la determinación del objeto del contrato es preciso identificar los elementos reales del mismo y, además, prever los términos de su interacción con los otros elementos – personales, causa– función - del contrato y de todos entre sí, para que la conducta de los contratantes se rija obligatoriamente por lo dispuesto en el contrato, es decir, por la *lex privata* que las partes consintieron en otorgarse voluntariamente en virtud de la autonomía contractual⁹⁶.

⁹⁴ DIEZ PICAZO L, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Introducción Teoría del contrato*, Vol. 1, 6ª Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pp.229 y ss.; GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L, “Autonomía Privada y Libertad contractual en la contratación mercantil” en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado.*, ed. Librería La Jurídica SL 1ª ed. 2013. T II p 432. El objeto del contrato (del art. 1261CC) no es el objeto de la obligación, ni tampoco el objeto de la prestación, sino la realidad social externa –que puede ser definida como “bien”, en cuanto sea “susceptible de utilidad e interés”-, acotada y moldeada por la voluntad de las partes, sobre la que ha de incidir la conducta contractual programada. Por eso el art. 1261 alude al “ objeto cierto que sea materia del contrato”; no materia de la obligación, sino materia del contrato. Sólo así se percibe que el objeto del contrato supone prever un programa de comportamiento aplicado a una determinada realidad socioeconómica, que la *lex contractus* tratará de disciplinar, sometiéndola a su voluntad.

⁹⁵ ALBADALEJO GARCÍA. M., *Derecho civil. Derecho de las obligaciones*, T.II, cit., p. 371; DIEZ PICAZO L, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Introducción Teoría del contrato*, cit., pp. 251y ss.; GARCIA-PITA Y LASTRES JL, “Autonomía Privada y Libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., p. 433. En el ámbito del análisis del Objeto del contrato, el clausulado contractual; el conjunto de “ pactos, cláusulas y estipulaciones” , como diría a el art. 1255 CC, adquiere un papel fundamental, en cuanto, contribuyen a *acotar la realidad socioeconómica* que la voluntad contractualmente anudada contribuye a programar.

⁹⁶ DIEZ PICAZO L, *Fundamentos del Derecho Civil ...*, Vol.1, cit., pp. 251 y ss.; LASARTE ALVAREZ C., *Principios de Derecho Civil. Contratos*, T.III 15ª ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 90-92; GARCIA-PITA Y LASTRES JL, “Autonomía Privada y Libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., p 433. El objeto del contrato es la totalidad de su contenido... a la espera de convertirse en *lex privata*, por la común voluntad de las partes. Y recurre a la siguiente metáfora por considerarla muy gráfica: cabría afirmar que el objeto del contrato es como el texto articulado de una ley – la *lex privata*- a la espera de ser promulgada....., por la común voluntad de las partes (consentimiento). Ese texto articulado contiene los elementos - personales, reales...- del contrato “in fiere”, y – por consiguiente- también la “causa –función del contrato. Y sobre ese “*texto articulado*” recae el acto de “promulgación” que es el concurso de las voluntades de los contratantes.

Pues bien para identificar los elementos reales del contrato hemos de describir tales elementos, que en el contrato de gestión naval, son los servicios marítimos especializados para llevar a cabo la gestión de la explotación del buque, que el *gestor* se obliga a prestar al naviero, así como las sumas que éste se obliga a abonar como honorarios por sus servicios.

El objeto del contrato de gestión de buques, abarca, ciertamente, tales elementos reales, pero además a la hora de determinar su objeto, tal como hemos expuesto, es necesario tener en cuenta que en el citado contrato se establecen relaciones jurídicas regidas por unas reglas de conducta, creadas por los propios contratantes en uso de su autonomía privada y libertad contractual, es decir, una verdadera “*lex contractus*”⁹⁷, que concreta la delimitación del supuesto de hecho y de la regla de conducta⁹⁸.

Analicemos, a continuación, en relación con el objeto del contrato de gestión naval los elementos reales, comenzando por la clase de servicios que ha de prestar el “gestor”.

II.4.2 Actividad a la que se obliga el *gestor*: prestación de servicios marítimos para gestionar la explotación del buque

El naviero contrata los servicios marítimos del *gestor* para la realización de una actividad consistente en *gestionar la explotación del buque*, la cual comprende diversos aspectos, que aunque están

⁹⁷ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., “Autonomía Privada y Libertad contractual en la contratación mercantil” cit. p. 433.

⁹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, ed. Civitas Madrid 1985, pp. 12 y ss.” *La autonomía de la voluntad en Derecho privado pretende que el acto o la declaración de voluntad tenga un valor jurídico específico, que sea vinculante, “Contractus ab inicio est voluntas, ex post facto necessitatis”.*

interrelacionados y sean afines entre sí, no deben desdibujar la idea central del contrato de gestión de buques, que emergió⁹⁹ para llevar a cabo la “explotación del buque” por profesionales especializados -*el gestor*- ajenos a la empresa naviera, es decir el objetivo que se persigue es que una empresa – *de gestión de buques*- le gestione a otra – *empresa naviera*- el buque o buques que ella no puede administrar porque no dispone de los medios y la experiencia para llevar a cabo satisfactoriamente tal actividad.

Por tanto dicha actividad constituirá una prestación debida, como consecuencia del vínculo obligatorio generado por el contrato. Está claro que la obligación de *gestionar la explotación del buque* constituye una obligación amplísima que engloba todas aquellas operaciones que sean necesarias para el desarrollo de tal prestación, con independencia de la naturaleza jurídica, material o intelectual de las mismas¹⁰⁰. Por lo que es conveniente determinar el abanico de competencias que comprende, ya que el contenido de la actividad deviene fundamental para saber cuál es el objeto del contrato y la obligación principal del *gestor*.

Pues bien, gestionar la explotación de un buque, comprende una gran amplitud de funciones, que impide considerar exhaustivo el cuadro funcional que a continuación se presenta. Vamos a hacer una descripción general de las actividades que comprenden: *gestionar la explotación del buque*, tomando como modelo las reseñadas en el formulario SHIPMAN 2009, y que puede decirse, describen el contenido de las cuatro aéreas principales señaladas el PLNM, en la medida que el legislador declara expresamente haber seguido las

⁹⁹GONZÁLEZ LEBRERO R., *Curso De Derecho de la Navegación*, cit., p. 260 y ss.

¹⁰⁰Ver el concepto de gestión adoptado por nuestra doctrina: GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L., “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista...” cit., p. 2817 y ss.; DIEZ-PICAZO, L, *Comentario del Código Civil*, T. II, Dir. por PAZ-ARES-DIEZ PICAZO-BÉRICOVITZ Y SALVADOR, 2ª ed. Mº de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid 1993, art. 1888, p. 1943 y ss.

pautas del mercado, especialmente el modelo contractual establecido por BIMCO.

II.4.2.1. Gestión técnica/náutica

La *gestión técnica*¹⁰¹ representa una proporción muy significativa de los servicios demandados por el naviero, por requerir de una gran inversión económica en tecnología y personal de muy alta cualificación y especialización, debido a su complejidad, y además porque, de no cumplirse adecuadamente con la normativa internacional relativa a la seguridad operacional del buque y protección del medio marino, podrían derivarse graves responsabilidades para el naviero, especialmente si el buque se dedica al transporte de pasajeros o mercancías contaminantes o peligrosas, como en el caso de los gaseros, químiqueros o petroleros etc.

Si el *gestor* tiene encomendada esta área de gestión deberá proporcionar al naviero, los servicios que a continuación se reseñan con carácter enunciativo sin perjuicio que puedan integrarse otros de carácter análogo:

- a) Que el buque se ajuste a las leyes y normativas del Estado de bandera bajo la cual navegue.
- b) Asegurarse del cumplimiento del Código Internacional de Gestión de Seguridad (*Código IGS* en español o *ISM* en inglés) y del Código Internacional para la Protección de los buques y de las Instalaciones Portuarias (*Código PBIP* en español o *ISP* en inglés).
- c) Proporcionar personal competente para supervisar el mantenimiento y general eficiencia del buque.
- d) Organizar y supervisar las entradas en dique seco, carenas, reparaciones, alteraciones y mantenimiento del buque en los niveles requeridos por el

¹⁰¹ En los formularios internacionales y en el sector marítimo se utiliza el término *gestión técnica*, pero como quiera que en el PLNM utiliza el término *náutica*, se ha considerado adecuado incluir ambos términos, aunque a lo largo del texto utilizaremos preferentemente *gestión técnica*

naviero, considerando que el *gestor* estará autorizado para incurrir en los gastos necesarios para asegurar que el buque se ajustará a todos los requerimientos y recomendaciones de la Sociedad de Clasificación, así como a las leyes y normativas del Estado de registro, y de los Estados con los que mantenga relaciones comerciales.

e) Organizar los suministros necesarios de las provisiones, repuestos y aceites lubricantes.

f) Nombrar inspectores y asesores técnicos que en alguna ocasión puedan considerar necesarios.

g) Conforme a las instrucciones del Naviero, supervisar la venta y entrega física de buque de acuerdo al contrato de compraventa. Estos servicios no incluyen la negociación del contrato de compraventa o transmisión de la propiedad del buque.

h) Organizar la toma de muestras y test del combustible.

Cuando se dice que el *gestor* debe asegurarse de que el buque se ajustará a las leyes y normativas del Estado de Bandera y de los Estados con los que mantenga relaciones comerciales, ello implica que el *gestor* se tiene que poner los medios para que el buque administrado cumpla rigurosamente con todo lo previsto en los Convenios Internacionales relativo el buen mantenimiento y seguridad del buque y de la navegación, así como con la prevención del medio marino, solo a título de ejemplo y como más significativos por su carácter técnico¹⁰² podemos señalar:

- Convenio *SOLAS/SEVIMAR 74/78*, (*International Convention for the Safety of life at sea*)¹⁰³. Regula, entre otras cosas, normas sobre diseño y la

¹⁰² GABALDÓN GARCÍA J.L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional*..., cit., p. 59

¹⁰³ Vid. www.imo.org Convenio SOLAS /74/88: “*Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar*”, adoptado en el Seno de la conferencia Internacional de la OMI, para la Seguridad de la vida humana en el Mar, el 1 de noviembre de 1974, con sus protocolos de 1978 y 1998 (BOE núm. 114, de 13/5/1998 y BOE núm. 122, de 22 de mayo de 1998). Este Convenio entró en vigor en 1980, y cuenta con 161 Estados parte, que representan el 98,91 por ciento del tonelaje de

construcción de buques, los equipos de salvamento, la radiotelegrafía y radiotelefonía, prescripciones contra incendios, comunicaciones, sistemas de propulsión y gobiernos, cargas etc.

-Convenio MARPOL 73/78, convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los buques¹⁰⁴. Establece normas para evitar las descargas accidentales y operacionales de sustancias contaminantes, así como la recogida en depósitos situados en puerto, de residuos, basuras y aguas sucias. Establece asimismo algunos requisitos para la construcción y equipamiento de buques-tanques.

-Convenio STCW 78/95/2010, Convenio Internacional sobre Normas de Formación, titulación y Guardia para la Gente del Mar¹⁰⁵. Se establece niveles mínimos de formación, titulación y guardia de la gente del mar, así como reglas de seguridad para la práctica de las guardias de mar. Se exige una cualificación y adecuada preparación de la gente de mar para las tareas o servicios conectados con la seguridad de la vida humana y los bienes en el mar y la protección del medio marino.

- El Convenio Internacional sobre el Reglamento Internacional para la Prevención de Abordajes en el Mar (COLREG/ 72)¹⁰⁶, que contiene las llamadas reglas de rumbo y gobierno así como las luces, marcas y señales internacionales para la prevención de abordajes.

la flota mercante mundial, si bien las Partes en el Protocolo de 1988 son 97, con el 94,4 % del tonelaje mundial

¹⁰⁴ MARPOL 73/78, entró en vigor en 1983 y cuenta con 151 ratificaciones o adhesiones, lo que supone el 98,91% de la flota mundial. *Vid.* www.imo.org.

¹⁰⁵ STCW: Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente del Mar, 1978, hecho en Londres el 7 de julio de 1978 OMI (BOE 7-11-1984) . Los Estados parte son 155, con el 98,90% del tonelaje mundial.

¹⁰⁶ COLREG/72, Está en vigor desde 1977 y cuenta con 154 ratificaciones y adhesiones, que cubren el 98,35 % del tonelaje mundial. *Vid.* www.imo.org.

- El Convenio Internacional sobre Líneas de Máxima Carga de 1966 (LOAD LINES/66/68)¹⁰⁷, que establece las normas sobre francobordo y reserva de flotabilidad.

- El Convenio Internacional sobre Arqueo de Buques de 1969 (TONNAGE/69)¹⁰⁸, que establece un régimen uniforme para la medición de los volúmenes interiores de los buques, con los consiguientes efectos económicos y comerciales (ej. en materia de pago de tarifas portuarias).

Pero sin duda, son los Códigos IGS y PBIP, los que en los últimos años han adquirido un importante significado en la Gestión del buque, por ello vamos a explicar brevemente en qué consisten operar el buque de forma que cumpla con los citados Códigos, por la especial importancia que ello tiene para la navegabilidad del buque y la seguridad marítima, y una de las razones principales por las que la “función técnica” se considera esencial dentro de la gestión de buques.

Con respecto al Código Internacional de Gestión de Seguridad¹⁰⁹, (*International safety Management o Código Internacional de Gestión de la seguridad operacional del buque y la prevención de la contaminación*) adoptado por la OMI en 1993, e introducido por enmiendas de 1994 como Capítulo IX del Anexo del Convenio SOLAS, el *gestor* se ocupará de su desarrollo, implementación y mantenimiento.

¹⁰⁷LOAD LINES/66/68. En su versión original cuenta con 160 Estados y el 98,90% del tonelaje mundial, y en su versión enmendada por el Protocolo de 1988, con 93 estados y el 94,54% del tonelaje mundial. *Vid.* www.imo.org.

¹⁰⁸ TONNAGE/69, Cuenta con 151 Estados y el 98,76% de la flota mundial. *Vid.* www.imo.org

¹⁰⁹El Código ISM es un documento breve compuesto por sólo trece artículos, que fue elaborado y adoptado en la OMI, pero sus disposiciones se insertaron por medio de un nuevo capítulo IX en el Convenio SOLAS /74/88: y por tanto vinculará a todos los países contratantes del Convenio SOLAS, quienes quedaran obligados a implantar la normativa del Código ISM.

Esta nueva obligación asumida por el *gestor* está resultando con el paso del tiempo cada vez más importante y de mayor trascendencia. Ello es debido al objetivo¹¹⁰ perseguido por el Código IGS consistente en conseguir en el ámbito internacional una administración más segura de las empresas armadoras u operadoras de buque, para prevenir los daños al medio ambiente marino y evitar la pérdida de vidas humanas; es decir: la filosofía perseguida por este instrumento jurídico no es otra que la de conseguir que la explotación del negocio naviero internacional quede en manos de aquellos empresarios que operen con adecuados estándares de seguridad. Que también podía traducirse como el deber de actuar conforme a los nuevos postulados de la Responsabilidad Social Corporativa¹¹¹ propuestos no solo por OMI, sino también por la UE, que persiguen que los operadores marítimos además de cumplir las normas internacionales sobre prevención y protección del medio marino, implementen políticas de calidad orientadas a la resiliencia de los océanos, transporte sostenible de mercancías, y comercio responsable.

Para lograr los objetivos previstos el Código exige que las empresas marítimas desarrollen, implementen y mantengan un **Sistema de Gestión Segura (SGS)**¹¹².

Como aspectos más relevantes que se exige en el Código IGS que afectan a la navegabilidad el buque¹¹³, podemos destacar, la obligación de

¹¹⁰ ALCÁNTARA GONZÁLEZ, JOSÉ M^a, “La responsabilidad marítima ante el nuevo siglo: Del principio de la libertad contractual al de la seguridad marítima” *RDM*, enero 1999, p. 24.

¹¹¹ Vid. Comunicación de la Comisión Europea de 25 de octubre de 2011, “*Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*” COM (2011) 681 final, pp. 1-18. En este documento la Comisión entiende que la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) abarca como mínimo: los derechos humanos, las prácticas de trabajo y de empleo, las cuestiones medioambientales y la lucha contra el fraude y la corrupción. En la actualidad, la promoción y reconocimiento de la RSE ha adquirido un carácter estratégico en la política de la Unión Europea como un elemento básico para incrementar la competitividad de las empresas.

¹¹² En inglés SMS: Safety Management System. Sobre implementación del Código, Vid. IGLESIAS BANIOLA S. / GARCÍA FERNÁNDEZ J. M., “El Código Internacional de Gestión de Seguridad (Código IGS) Comentarios acerca de problemas que plantea su implantación” *Revista del Instituto de Navegación de España*. 10, pp. 73-82, Cetemar, Barcelona 2000.

definir y documentar todos los temas relativos a la responsabilidad y autoridad del Capitán del buque en materia de seguridad marítima y de protección al medio ambiente, la capacitación y buen estado físico de toda la tripulación desde el Capitán al último marinero de acuerdo con las correspondientes disposiciones nacionales e internacionales¹¹⁴, así como una buena comunicación entre ellos, lo que significa tener una cabal comprensión e inteligencia sobre las instrucciones que se le den, en especial las relativas a la seguridad, de acuerdo con lo establecido en el citado Convenio STCW 95¹¹⁵; formular, implantar y evaluar planes y procedimientos para las situaciones de emergencia, prevención de accidentes y contaminación conforme las directrices de la OMI sobre gestión para la seguridad operacional del buque y la prevención de la contaminación; fijar los medios y pautas de comunicación entre el buque y la oficina en tierra en aras de la seguridad operacional del buque; equipamiento y mantenimiento del buque de acuerdo con la normativa internacional; inspecciones periódicas; auditorías internas que garanticen el cumplimiento de los procedimientos fijados.

Así mismo, hay que poner de relevancia que cuando el *gestor* tiene encomendada la función técnica, será designado por el naviero¹¹⁶ como la “*compañía*” tal y como la define el Código IGS: “*Se entiende por compañía al propietario del buque o cualquier otra organización o persona, por ejemplo, el gestor naval o el fletador a casco desnudo, que al recibir del propietario la responsabilidad de la explotación del buque haya aceptado las obligaciones y responsabilidades estipuladas en el Código internacional de gestión de seguridad*”¹¹⁷.

¹¹³GABALDON GARCÍA J.L, “Protección del medio ambiente y evolución del Derecho Marítimo” ADM, Vol. XV, 1998, p. 330.

¹¹⁴GABALDON GARCÍA J.L./RUIZ SOROA, J. M^a, *Manual de derecho de la navegación marítima*, cit., p. 23.

¹¹⁵STCW: Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente del Mar, ver cita anterior.

¹¹⁶Vid. Póliza SHIPMAN 2009 cláusula 8 b).

¹¹⁷Vid. Regla IX/1.2 del Convenio SOLAS 74/78 y art.1.1.2 del Código IGS.

Por tanto, el *gestor* asume la gestión operacional de la seguridad del buque, como parte de sus funciones comprendidas en la gestión técnica, y se hace responsable de tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las prescripciones del Código.

De acuerdo con el ello, el *gestor* al actuar como “*compañía*”, se obliga a implementar ciertas reglas sobre la estructura de la gestión naviera, de forma que la responsabilidad por el cuidado de los aspectos de seguridad debe estar claramente definida y determinada¹¹⁸, tanto a bordo del buque como en una oficina de control en tierra. Esta obligación consiste en designar a una o varias personas en tierra, en la forma que se estime oportuna, que mantengan acceso directo a la alta dirección de la empresa naviera, que se denominara *persona designada* (PD) y su cometido y responsabilidad consistirán en supervisar todos los aspectos operacionales del buque que afecten a la seguridad y la prevención de la contaminación, así como garantizar que se doten los recursos necesarios¹¹⁹ para llevar a cabo tales tareas.

El *gestor* como “*compañía*” tendrá que estar acreditado ante la Autoridad del país de bandera del buque, mediante un documento (denominado por las siglas DOC) demostrativo de que su gestión cumple las prescripciones del Código, siendo obligatorio que una de las copias se encuentre a bordo del buque. Además cada buque administrado por el *gestor*, deberá estar provisto por la Administración del país de bandera o por una organización reconocida por dicha Administración de un “*Certificado de Gestión de la Seguridad*” (CGS) que indicará que el *gestor* actúa, respecto a

¹¹⁸ ALCÁNTARA GONZÁLEZ, J. M^a, “La responsabilidad marítima ante el nuevo siglo...”, cit., p. 26.

¹¹⁹ GABALDON GARCÍA J. L., “*Protección del medio ambiente y evolución del Derecho Marítimo*”, cit., p. 330.

ese buque, en conformidad con el *sistema de gestión segura* aprobado¹²⁰. Estos documentos – DOC y CGS - serán esenciales para la navegación comercial del buque, y han de permanecer en vigor ya que la pérdida de validez, determinará que el buque infringe el Código IGS e implicará que el naviero¹²¹ incumple las normas impuestas por la Administración del país de bandera, y además podrá llevar una denegación de permiso de entrada e incluso la detención del buque por parte de las autoridades portuarias de los países signatarios del Convenio SOLAS¹²².

Por lo que respecta al *Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias*¹²³ (PBIP o ISPS) al igual que ocurre en el Código IGS, el gestor al ser designado como la “compañía”¹²⁴ ha de ser el encargado de velar por su cumplimiento.

Las disposiciones del Código PBIP vienen a desarrollar las prescripciones del Capítulo XI-2 del SOLAS¹²⁵, en el que se establecen “

¹²⁰ ALCÁNTARA GONZÁLEZ J. M^a, “El Código ISM y sus implicaciones en el Derecho Privado” *Revista de Ingeniería Naval*, año LXVII, núm. 761, p. 85.

¹²¹ ALCÁNTARA GONZÁLEZ “La responsabilidad marítima.....”, cit., p. 27.

¹²² *International Convention for the Safety of Life at Sea*, En general sobre los estándares de seguridad marítima y prevención de la contaminación y la ocurrencia de accidentes, *Vid.* IGLESIAS BANIOLA, S. / VINAGRE RÍOS, J., “Maritime Safety Standards And the Seriousness of Shipping Accidents” *The Journal of Navigation*, 64-3 Cambridge, University Press, 2011, pp. 495-520; VINAGRE RÍOS J. / IGLESIAS BANIOLA S., “The Human Element in Shipping Casualties as a Process of Risk Homeostasis of the Shipping Business”, *The Journal of Navigation* 66-3, Cambridge, University Press, 2013, pp.339-416.

¹²³ PBIP/ISPS : Código Internacional para la protección de los buques e instalaciones portuarias, fue adoptado como anexo al Convenio SOLAS/74/88 y entró en vigor el 1 de julio de 2004 de conformidad con lo dispuesto en el art. VIII (b) vii (2) del Convenio. (BOE 21/08/2004)

¹²⁴ En el Código PBIP, las “compañías” son definidas del mismo modo que en el Código IGS ver C17

¹²⁵ *Vid.* Reglamento (CE) núm. 725/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, relativo a la mejora de la protección de los buques y las instalaciones portuarias (DOUE núm. L129, de 29 de abril de 2004) y la Directiva 2005/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, sobre mejora de la protección portuaria (DOUE núm. L310, de 25 de noviembre de 2005) que acogen el Código PBIP del nuevo capítulo del SOLAS, y además el Reglamento amplía el ámbito de los referidos instrumentos, al aplicarlos a los buques de pasaje o carga en viajes nacionales dentro de los Estados miembros (cabotaje) desde el 1 de julio de 2007. Y la Directiva, se aplica a todos los puertos situados en el territorio de un Estado miembro, que albergue una o más instalaciones portuarias sometidas al ámbito del Reglamento.. En este campo la Unión Europea, a través de la Comisión lleva a cabo una tarea permanente de vigilancia del cumplimiento de esas normas por las compañías e instalaciones portuarias de todos los Estados miembros, mediante sus propios inspectores

“Medidas especiales para incrementar la protección marítima”, imponiendo un abundante número de deberes a los Estados, a las compañías y a las autoridades portuarias.

El origen de estas medidas hay que buscarlo en la desgraciada expansión y globalización de los actos terroristas y del resurgimiento de los actos de piratería, que puso de manifiesto la vulnerabilidad de los buques¹²⁶. Por lo que la OMI a través de sus diversos comités y órganos vieron la necesidad de actualizar o completar sus diversos instrumentos para adoptar medidas para prevenir actos ilícitos de esa naturaleza¹²⁷.

En este Código, al igual que en el IGS, se regula la figura de la *compañía*, a la que, se le obliga a cumplir las prescripciones obligatorias y a tener en cuenta las de carácter recomendatorio u orientativo. Así, le exige, que acredite que el buque cumpla las normas de protección mediante la posesión del “Certificado Internacional de Protección del Buque” (CIPB o ISSC) que deberá ser exhibido a las autoridades correspondientes del Estado del pabellón y del Puerto. Así mismo le requiere la preparación de un “*Plan de Protección del buque*” (uno para cada buque) y asegurarse que el Capitán lo conoce y dispone de la información necesaria a bordo para llevarlo a cabo. El plan ha de prever las situaciones y procedimientos para activar cada uno de los tres niveles secuenciales de protección y debida ejecución y exige la

que colaboran activamente con cada uno de los servicios nacionales de inspección y con arreglo a las normas y procedimientos establecidos en el Reglamento (CE) núm. 324/2008 de la Comisión de 9 de abril (DOUE núm. L 98, de 10 de abril de 2008).

¹²⁶ GABALDON GARCÍA J.L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional...*, cit., p.170. La Piratería en las aguas del Océano Índico frente a la costa de Somalia, y especialmente los atentados del 11 de septiembre de 2001 en EE.UU. y fueron los que supusieron un punto de inflexión definitivo en la protección marítima internacional.

¹²⁷ Vid. En general sobre la problemática de la piratería y las consecuencias sobre la seguridad marítima : IGLESIAS BANIOLA S., “La definición de piratería en la mar en el derecho internacional y los problemas que plantea su aplicación.” pp. 795 - 816. Dir. GARCÍA PITA Y LASTRES J.L., ed. Aranzadi, Pamplona, 2012; IGLESIAS BANIOLA S/VINAGRE RÍOS J., “Piracy in Somalia: A Challenge to The International Community” *The Journal Of Navigation*. 65-4, Cambridge University Press, 2012, pp.693-719.

designación un “oficial de protección de la compañía” y de un “oficial de protección del buque” (OPB, o SSO) que normalmente le corresponderá al primer oficial de puente, aunque también puede serlo el Capitán, y que será responsable de la protección del buque y de coordinar las actuaciones con el “Oficial de Protección de la Compañía” y con el “Oficial para la Protección de la Instalación Portuaria”.

La finalidad de todas las medidas expuestas¹²⁸ podemos resumirla en:

- a) Evitar que personas no autorizadas accedan a una instalación portuaria o a un buque, bien mientras se encuentran en puerto o bien durante la navegación.
- b) Evitar que armas y mercancías no autorizadas sean introducidas en una instalación portuaria o en un buque, escondidas en el cargamento, en las provisiones o en el equipaje.
- c) Alertar a las autoridades correspondientes, de manera discreta pero eficaz, cuando ocurra un suceso que afecte a la protección marítima.

En definitiva, el *gestor* como “compañía” ha de poner todos los medios necesarios para que el buque bajo su gestión técnica, navegue seguro desde el punto de vista operacional y de la protección marítima, cumpliendo todos los requisitos de carácter imperativo, previstos en los Código IGSG y PBIP, a fin de que el buque mantenga en todo momento su navegabilidad y así, poder ser explotado empresarialmente.

¹²⁸ GABALDON GARCÍA J.L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional...*, cit., p. 173.

II.4.2.2. Gestión de la dotación

Por lo que respecta a la gestión de la dotación¹²⁹, actualmente los navieros prefieren acudir a otro documento de BIMCO, específico para este determinado ámbito de gestión, denominado *Standard Crew Management Agreement* - cuyas siglas son *Crewman*¹³⁰ - en el que se regulan de forma detallada y extensa las obligaciones del *gestor de tripulaciones* (*crew-manger*) respecto de la selección, contratación y formación, de la dotación adecuada y competente que es una figura un tanto distinta del *gestor de buques*. Existen dos modelos CREWMAN: A y B, en la opción A, la contratación se efectúa en nombre y por cuenta del naviero, de modo que el verdadero empleador será el naviero; en el modelo B, el *gestor* contrata la tripulación en su propio nombre, constituyéndose así en verdadero empleador y quedando responsable frente a ella a todos los efectos de la relación laboral. Este contrato está pensado para *gestores de tripulaciones* a gran escala, que proporcionan a los navieros dotaciones que se encuentran en diversos países, con nacionalidades y lenguas distintas, a la de origen de la empresa naviera. Y también hay señalar que las empresas de *gestión de tripulaciones*, son las preferidas respecto del personal marítimo experimentado, tales como oficiales superiores de puente o máquinas, que han servido al mismo *gestor* durante varios años y suelen preferir verse como empleados de dicho *gestor* y no de los navieros en cuyos buques sirven. Por ello, si el naviero únicamente quiere encargar la gestión de la dotación, se le recomienda y suele utilizar

¹²⁹ Se entiende por dotación, el conjunto de todas las personas embarcadas en un buque, necesarias para su dirección, maniobras y servicios. Dentro de la dotación es habitual distinguir entre el capitán, los oficiales y el resto del personal empleado a bordo en virtud de un contrato de embarque (marineros y demás subalternos). A lo largo del presente estudio utilizamos el término habitual en el sector marítimo, *gestión de la dotación* o también *gestión laboral* según el contexto.

¹³⁰ Vid. www.Bimco.org/news/2009. Debido a la complejidad de esta función BIMCO elaboró un formulario específico para este ámbito de gestión, el *Estándar Crew Management Agreement* (CREWMAN). Para un estudio en general de los contratos de gestión de la tripulación, Vid. DÍAZ DE LA ROSA, A, *Los contratos de gestión de tripulaciones de buques. Crew Management Agreements*, Ed. La Ley, Madrid 2011.

exclusivamente los formularios de *CREWMAN* por ser los más apropiados.¹³¹ Aunque, también es perfectamente posible contratar una gestión naval integral combinando un *SHIPMAN/2009* (con exclusión de la gestión de dotación), con uno de los dos modelos *CREWMAN*.

Por tanto de acuerdo con lo expuesto hay que destacar que las disposiciones sobre *dotación* en el formulario *SHIPMAN 2009*, no están destinadas a competir con acuerdos de gestión de dotación más elaborados, que son utilizados por los *gestores* especializados en dotación, sino que la oferta ha sido expresamente mantenida como un servicio en el cual el *gestor* actúa exclusivamente como agente del naviero; es decir, el *gestor* se encarga de proporcionar al naviero la dotación, apareciendo éste último como el empresario laboral que contrata directamente a la dotación de su buque.

El *gestor* tiene la obligación de proporcionar una dotación “*convenientemente cualificada*” de acuerdo con el *STCW 95*¹³², por lo que han de cumplir los requisitos sobre titulación, cualificación y certificados de acuerdo con el puesto de trabajo que hayan de ocupar a bordo, siendo importante apuntar que dicho criterio debe mantenerse durante toda la duración del acuerdo. La formación continua de los miembros de la dotación es un elemento esencial para la buena práctica de gestión de buques.

En la selección de la dotación, el *gestor* debe ocuparse de que los miembros de la dotación hayan superado un examen médico obteniendo el correspondiente certificado que lo declara apto para el trabajo que se vaya a realizar conforme a las prescripciones que exija el país de bandera del buque,

¹³¹ GÓRRIZ LÓPEZ CARLOS, “Análisis Comparativo entre los acuerdos tipo *SHIPMAN...*”, cit., p. 421 y ss.

¹³² *STCW*: Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente del Mar, 1978, hecho en Londres el 7 de julio de 1978 OMI. Entrada en vigor internacional: 28-4-1984; BOE 7-11-1984.

y que será mantenido por toda la duración de la prestación de servicios a bordo.

También, podrá ocuparse de la gestión de las nóminas, pensiones, cotizaciones a la seguridad social, tributos y otros conceptos obligatorios, pagaderos en el Estado de residencia de cada miembro de la tripulación.

Así mismo, de acuerdo con la normativa STW95 y el Código Internacional de Seguridad (Código IGS o ISM) al que nos hemos referido en el apartado anterior, el *gestor* ha de asegurarse de que los miembros de la tripulación se sirven de un idioma de trabajo común, así como que todos tienen un conocimiento del idioma Inglés suficiente para entender satisfactoriamente sus obligaciones, de modo que les permita llevarlas a cabo de forma segura.

Esta exigencia es una consecuencia de los problemas de comunicación y entendimiento que se han presentado en situaciones de emergencia cuando la dotación es de diferentes nacionalidades con distintos idiomas. De ahí que la normativa internacional exija por lo menos un idioma común de comunicación profesional para toda la tripulación. En el caso del formulario SHIPMAN 2009, se exige la lengua inglesa como idioma común, y aunque su nivel de conocimiento se atenúa con respecto a la marinería y demás dotación sin cargo de responsabilidad, no obstante se debe garantizar, que bajo cualquier circunstancia, el mínimo exigido permita a cualquier miembro de la tripulación entender y cumplir las órdenes que reciban.

Si el *gestor* es al mismo tiempo la “*compañía*” se ocupará de que la tripulación, antes de incorporarse al buque, se ha familiarizado suficientemente con sus deberes en relación con el Código Internacional de Seguridad (IGS), así como que ha identificado y documentado las funciones

esenciales del Código IGS antes de hacerse a la mar. En todo caso siempre se asegura que la tripulación conoce suficientemente sus deberes en relación con el Código IGS y que cuentan con el consentimiento del naviero para subir a bordo del buque.

II.4.2.3. Gestión Comercial

Respecto a las funciones comerciales, en el formulario SHIPMAN de BIMCO, se recoge una lista no exhaustiva de servicios para el buque que el gestor proporcionará, de acuerdo con las instrucciones del naviero, en entre los que se incluyen:

- a) Buscar, y negociar servicios de fletamento para el buque y convenir los cierres de pólizas de fletamento (incluyendo el cumplimiento de las mismas) u otros contratos relativos al empleo del buque
- b) Gestionar la provisión de combustible de la calidad especificada por el naviero, tal como lo requiera el tipo de buque.
- c) Provisión de presupuestos y cuentas de viaje, así como cálculos de alquiler y fletes, y/o cantidades por demoras y despacho del buque debidos por ó a los fletadores del buque; asistencia en el cobro de las sumas adeudadas al naviero relacionadas con la explotación del buque.
- d) Entrega de las instrucciones del viaje.
- e) Designación de agentes.
- f) Nombramiento de estibadores.
- g) Gestionar lo relativo a la inspección de la carga.

En la práctica, esta actividad, además de alcanzar a todo lo relacionado con los servicios de contratación, ejecución y seguimiento de contratos relativos al empleo del buque también suele comprender servicios de asesoramiento previos, mediante análisis económico de la situación actual y

evolución previsible del mercado que puedan ayudar a decidir al naviero entre diferentes opciones de explotación del buque. Así como la aplicación de técnicas de investigación de mercado, (según tráfico, productos, tipos de buques, etc.), indagar las rutas de navegación más óptimas de acuerdo con la naturaleza del tráfico solicitado. Igualmente puede comprender, averiguar puertos de escala adicionales, mejorar el tránsito, los despachos de aduanas, y simplificar documentación.

Por otra parte también se encarga de elaborar presupuestos y cuentas de viaje, realizar cálculos de alquiler y fletes, demoras o despacho de buques, con la obligación de remitir a los armadores con la mayor brevedad, todos los ingresos a que tengan derecho por empleo del buque, ya sea por fletes, alquiler o cualquier otro tipo de contrato que genere beneficios. Así como prestarles la asistencia necesaria para el recobro de las sumas adeudadas al naviero en relación con la citada explotación del buque.

Además tendrá que organizar el suministro de combustible de acuerdo con el empleo del buque y conforme a las calidades especificadas por el naviero.

Asimismo se incluye la contratación y nombramiento de consignatarios, estibadores, inspectores (*surveyors*), coordinación operacional con brokers y receptores de la carga para el óptimo rendimiento del buque.

En definitiva, la *gestión comercial* está concebida¹³³ para suministrar un tráfico adecuado mediante el que se obtenga un óptimo rendimiento del buque. Su objetivo ha de ser que el conjunto de los servicios sean rentables, con el propósito de que la explotación del buque refleje una posición competitiva en el mercado a fin de obtener beneficios económicos.

¹³³ BRANCH ALAN E. *Elements of shipping...*, cit. p. 480 y ss.

De todas formas la gestión comercial suele contratarse dentro de la gestión integral del buque y pocas veces se contrata como función independiente, ya que las navieras cuando deciden externalizar algunas funciones relativas a la explotación del buque se decantan mayormente por la gestión técnica y de tripulaciones, permaneciendo la gestión comercial en la estructura interna de la empresa, porque algunos los navieros la consideran una competencia básica de naturaleza estratégica, en la que poner su atención y aprovechar su experiencia para mantener el control sobre sus activos (buques) y el contacto con los mercados del negocio marítimo¹³⁴; y tanto es así, que de hecho muchas compañías de gestión de buques no ofertan la gestión comercial entre sus servicios, y quizás, debido a la propia idiosincrasia de los navieros, hasta ahora la *gestión comercial* representa una parte muy pequeña del sector de la gestión naviera, como reconoce la propia Comisión Europea en la Comunicación, que establece las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales a las compañías de Gestión Naviera, no incluyendo esta actividad de gestión como beneficiaria de las ayudas fiscales¹³⁵.

II.4.2.4. Gestión de seguros

Con respecto a este área de la gestión, adelantaremos ahora cuales son los servicios requeridos por el naviero al gestor, dejando para otro capítulo, el análisis de si la gestión de seguros que realiza el *gestor* se encuentra comprendida dentro de la actividad de mediación de seguros privados regulada por la Ley 26/2006 de 17 de julio de *mediación de los seguros y reaseguros privados*.

¹³⁴ MITROUSSI KYRIAKI., “The ship owners’ stance on third party ship management ” cit. p.43.

¹³⁵ Ver DOUE de 11.6.2009 Comunicación de la Comisión que establece orientaciones sobre las ayudas estatales a las compañías de gestión naviera (2009/C 132/06).

Este aspecto de la gestión del buque, debido a una estructura cada día más compleja de los seguros marítimos, y a la creciente conciencia de las cuestiones ambientales en todo el mundo, ha llevado a las navieras a demandar este servicio, incluyéndolo la mayoría de las veces dentro de la gestión integral del buque o conjuntamente con la gestión técnica, aunque como cualquiera de los demás aspectos de la gestión también puede ser contratada de modo independiente.

Es importante destacar que el *gestor*, cuando se le encomienda la función aseguradora, debe contratar los seguros en nombre del naviero, en los términos y condiciones demandadas por aquél y especialmente, todo lo relativo a condiciones, valor asegurado, descuentos, franquicias y límites de responsabilidad, y cualquier modificación debe realizarse con autorización expresa del naviero de acuerdo con sus instrucciones¹³⁶.

Así pues, en los contratos de gestión naval del derecho de los formularios – SHIPMAN 2009 de BIMCO- se prevé que el *gestor*, debe concertar todos los seguros en nombre del naviero, especificándose que el buque debe estar asegurado por no menos de su valor de mercado o por su tonelaje bruto total. Y se les encarga expresamente que concierte el seguro de casco y maquinas, y aquellos que cubran los riesgos de contaminación, de guerra, y de negligencia de la tripulación.

Otra cuestión característica en relación con esta función de concertar seguros, que también aparece reseñada en los contratos de gestión naval del derecho de los formularios, consiste en otorgar al *gestor* la posibilidad de ostentar la condición de co-asegurado¹³⁷ con el naviero en las pólizas de seguros del buque para todas las coberturas aseguradas, sin que ello suponga

¹³⁶ BIMCO, “New Insurance Clauses for Shipman & Crewman”, Bulletin 92 n° 1/97, pp 41-43.

¹³⁷ GONZÁLEZ LEBRERO R., *Curso De Derecho de la Navegación*, cit., p. 261.

un coste adicional para el *gestor* porque será el naviero el que se hará cargo del pago de las primas correspondientes.

Esta opción de co-asegurado con el naviero no ofrece mayores problemas en los seguros ordinarios del buque como los seguros de cascos y máquinas. Sin embargo por lo que se refiere a los seguros de Protección e Indemnización (en adelante *P&I*) cubiertos por los Clubs de Protección e Indemnización (en adelante Club *P&I*)¹³⁸ habrá de pactarse con claridad si el gestor asume alguna obligación en cuanto al pago de primas y posibles aportaciones suplementarias (*back calls*) que puedan exigir los Clubs *P&I*.¹³⁹

Esta matización sobre los seguros de *P&I* es importante, debido a las especiales características tanto de esta clase de seguros como de las entidades que los suscriben, los Clubs de *P&I*. Por lo que se refiere al conjunto de riesgos cubiertos por el seguro de *P&I* suele agruparse en dos categorías: riesgos de *Protección* y riesgos de *Indemnización*. No vamos a examinar, por no ser objeto de este trabajo, cada uno de los riesgos que engloban ambas categorías¹⁴⁰. Simplemente reseñar a grandes rasgos el contenido de ambas coberturas, así la denominada de “*Protección*” cubre los riesgos derivados de la propiedad o posesión del buque, incluyendo indemnizaciones por daños personales a tripulantes, pasajeros y otras personas que se hallaren a bordo (daños por muerte, enfermedad, lesiones etc.); gastos por manutención de polizones a bordo y personas salvadas en el mar; gastos por cambio de derrota y de desvío para desembarcar a un tripulante, etc., es decir gastos que por su propia naturaleza son riesgos propios del naviero. La cobertura de

¹³⁸Traducción al castellano de las expresiones:” *P&I Club*”, “Protection and indemnity clubs”, “P and I clubs” o “*PANDI Clubs*”.

¹³⁹RUIZ SOROA, J. .M^a./ ARRANZ DE DIEGO A./ ZABALETA SARAUSA, S., *Manual de Derecho del Seguro Marítimo*, Victoria-Gasteiz, Escuela de Administración Marítima Gobierno Vasco, 1993 p.321 y ss.

¹⁴⁰Ver examen extenso de todos y cada uno de los riesgos que engloban ambas categorías en: RUIZ SOROA, J. .M^a./ ARRANZ DE DIEGO A./ ZABALETA SARAUSA, S., *Manual de Derecho del seguro marítimo*, cit., p 323 y ss.

“Indemnización” comprende los riesgos derivados de la actividad del miembro del Club como porteador de mercancías, en la que se incluye, entre otros, daños en el cargamento debido a una custodia negligente; también se incluyen ciertos gastos por multas y excesos de contribución a la avería gruesa y salvamento.

Por otra parte, las mencionadas coberturas se contratan a través de pólizas que se suscriben usualmente por los Clubs de P&I¹⁴¹, que son asociaciones mutuales de navieros, que operan sobre una base mutua, de forma que el asegurado es al mismo tiempo mutualista del Club¹⁴². Por ello los ingresos del Club provienen principalmente de las primas iniciales y de las cuotas complementarias o derramas adicionales abonadas por sus miembros¹⁴³.

Y precisamente para evitar cualquier incertidumbre sobre posibles derramas complementarias que pudieran afectar al *gestor* como co-asegurado con el naviero, se recomienda que éste se comprometa expresamente no solo al pago de las primas sino también de cualquier cuota complementaria,

¹⁴¹GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *Riesgos e intereses del Naviero y cobertura asegurativa (De Código de comercio, a la Reforma del Derecho de la Navegación Marítima)*, Aranzadi, Navarra 2009, pp. 261-262. Los seguros de P&I no se documentan en póliza sino en certificado que contiene las condiciones particulares del seguro y una remisión a las condiciones generales, que se encuentran recogidas en los libros de reglas, las cuales están sometidas a los Estatutos sociales y al acta de constitución del Club.

¹⁴²Vid. reseña histórica en: FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO P, TORRES PÉREZ F.J. “P&I clubs: Organización interna y posición jurídica de los socios”, en GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L (Dir.), *Estudios de Derecho Marítimo*, ed., Aranzadi, Pamplona 2012, pp. 997 y ss.; HILL PRADOS, M^a C, *Los Clubs de Protección e Indemnización en el campo del seguro marítimo*, cit., p.52 y ss.; RUIZ SOROA, J. M^a/ ARRANZ DE DIEGO A. / ZABALETA SARASUA S., *Manual de Derecho del seguro marítimo*, cit., p. 317. Actualmente, los Clubs P&I se encuentran sometidos a la “Companies Act 2006” y a la *Financial Services and Markets Act 2000* y su ámbito de actuación es de carácter internacional.

¹⁴³ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO P. /TORRES PÉREZ F.J., “P&I clubs: Organización interna y posición jurídica de los socios”, cit., p.1006 Normalmente, al inicio de cada ejercicio se fija la cuota inicial y se realiza una estimación de cuál sea la posible derrama adicional, a fin de facilitar al Miembro una previsión financiera en sus costes de explotación. La cuota inicial viene fijada para cada buque inscrito en función de sus características, tráfico, cobertura y siniestralidad pasada. Esta cuota se fija en una cantidad determinada en base al tonelaje del buque. El tonelaje del buque se suele medir en Toneladas de Registro Bruto (TRB), en inglés la terminología utilizada es GT : Gross Tonnage. El arqueado del buque es el volumen de todos los espacios interiores del buque.

liberando aquél de toda responsabilidad con respecto a su pago en relación con los seguros del naviero. Y para llevar a efecto este compromiso se deja en libertad a las partes para que - conjuntamente con el Club de P&I-, acuerden los términos de la propuesta de cobertura que mejor se adapte a sus circunstancias¹⁴⁴.

A modo de ejemplo, y sin perjuicio de cualesquiera otras a las que puedan llegar las partes, entre las propuestas más habituales de los Clubs de P&I, cuando al *gestor* se le otorga como co-asegurado el beneficio de cobertura plena (igual que a los propietarios y similarmente ilimitada), ello en principio no genera ningún sobrecoste, porque no se les carga ninguna prima adicional por esta extensión de cobertura, pero el “*gestor co-asegurado*” podrá estar expuesto posiblemente a la responsabilidad por las primas o derramas de los seguros del naviero, si éste no las asumiese. Esta alternativa puede resultar muy onerosa para el *gestor*, ya que hay quien considera que pudieran incluirse derramas adicionales de años precedentes, aquél en que se hubiese hecho cargo de la gestión del buque.

Otra propuesta usual encaminada a liberar al *gestor* de cualquier responsabilidad del pago de primas o derramas, es convenir una cobertura restringida, que no se extenderá más allá de la responsabilidad que cubra al naviero, en una reclamación dirigida contra este último. En su consecuencia, el *gestor* sólo se resarcirá del Club hasta la cantidad que los navieros tuvieran derecho a recuperar. Por tanto en los supuestos que los navieros pueden limitar su responsabilidad y los gestores no, estos pueden encontrarse sin asegurar por la cantidad de la reclamación más allá del límite de los navieros.

¹⁴⁴ STEVENS G., “Managing P&I Claims”, Ponencia presentada en The Lloyd’s Ship Manager 14 Annual Ship Management Conference 2004, publicada por Lloyd’s List Events 2004, pp. 1-28.

En el ámbito de la gestión de buques, es habitual que cuando el *gestor*¹⁴⁵ presta servicios integrales de gestión, opte por propuestas similares a la indicada en primer lugar, pero si presta solamente algunos servicios específicos, se inclina por ser co-asegurado con los navieros de forma limitada, para no tener que verse obligado a hacer frente a las posibles primas pendientes y no pagadas de los armadores, que en algunos casos podrían alcanzar cuantías mayores que el riesgo derivado de la actividad asegurada.

Por otra parte, hay que señalar que el pacto contractual de co-aseguramiento, se ve reforzado en la práctica porque algunos Clubs P&I¹⁴⁶, también comparten el criterio de exigir que en caso de gerencia de buques el *gestor* debe ser designado como co-asegurado en el seguro al armador, no solo en los seguros P&I sino también en los seguros de cascos y Maquinas. De este modo el *gestor* se encuentra cubierto frente a reclamaciones de terceros y al mismo tiempo se pretende evitar los posibles derechos de subrogación¹⁴⁷ o repetición que pudieran dirigir los aseguradores del naviero contra el *gestor* del buque, es decir, de lo que se trata es de evitar colocar al naviero o a sus aseguradores, en una posición más ventajosa si deciden optar por la gerencia de buques en lugar de gestionar directamente sus buques.

Por último, advertir que, si el *gestor* no tiene entre sus funciones encomendada la gestión de seguros, ha de preocuparse de comprobar que los navieros están utilizando los seguros adecuados a fin de no verse

¹⁴⁵ Vid. www.bimco.org, Shipman 2009 explanatory note, y “Shipman 98”, nº 3, 19 august 1998.

¹⁴⁶ Vid. www.itic-insure.com Circular to all Ship an Crew Management Brokers.

¹⁴⁷ Vid. [www. Epandi.com/ukpandi/BIMCOShipman/](http://www.Epandi.com/ukpandi/BIMCOShipman/): “The importance of co-assurance under ship management agreements”. Este artículo pone de manifiesto la importancia de que el *gestor* sea co-asegurado con el naviero. Como ejemplo de un caso de subrogación del seguro. Un barco entró en dique seco y se encontró que habría sufrido grandes daños en el motor. Se realizó un informe pericial que considero que los daños resultaron del desgaste y no de una actuación negligente del gestor del buque. Tres años más tarde, el gestor del buque recibe una carta de los aseguradores del casco, alegando que tenían pruebas que los daños en el motor se habían producido porque el gestor no había gestionado el buque conforme a los términos del contrato de gestión. Y le reclamaban por daños y perjuicios 500.000\$ en virtud de su derecho de subrogación de los propietarios. Por desgracia en el contrato de gestión no se había previsto ninguna cláusula de co-aseguramiento conjunto de naviero y gestor.

desamparados ante cualquier de reclamación vinculada con la explotación del buque¹⁴⁸.

Pues bien, una vez descritas las distintas actividades que comprenden los cuatro aspectos más relevantes para la explotación del buque, podemos observar que todos ellos son funcionalmente independientes y pueden ser contratados de manera individual, varios a la vez o todos conjuntamente¹⁴⁹. Estudios económicos empíricos muestran que la gestión técnica y la gestión de la tripulación son las más demandadas por los navieros representando entorno al 86,6% de total, frente al 20% que representa la gestión comercial, que por lo demás suele contratarse conjuntamente con otras funciones, o incluirse en el supuesto de gestión integral del buque¹⁵⁰.

Por otra parte, aunque cualquiera de las funciones mencionadas pueden ser contratadas independientemente, hay que tener en cuenta que al mismo tiempo son todas principales y necesarias para llevar a cabo la explotación del buque, así: la *gestión técnica* es esencial ya que si el buque no cumple con todas prescripciones técnicas, de seguridad y de protección marítimas no obtendría de las Autoridades Marítimas de su pabellón permiso para navegar, ni las Autoridades de los Estados Ribereños o de Puerto le otorgaría las

¹⁴⁸ En la *Oil Pollution Act* estadounidense de 1990 (OPA), se establece que las sociedades de gestión de buques son responsables de la reparación de daños derivados de la contaminación por hidrocarburos, de forma ilimitada, igual que los propietarios de buques.

¹⁴⁹ Vid. Obligaciones Principales y Accesorias: ALBADALEJO GARCÍA. M., *Derecho civil. Derecho de las obligaciones...*, T.II, cit. p.124 y ss.; LASARTE ÁLVAREZ C, *Derecho de las obligaciones. Principios de Derecho Civil.*, T.II, cit. p 47 y ss. La idea de obligación principal pretende resaltar la autonomía o independencia propias de determinadas relaciones obligatorias, en cuanto su existencia no depende de ninguna otra obligación preexistente. Por el contrario, serían obligaciones accesorias, aquellas que han nacido como meros añadidos o complementos de otra relación obligatoria respecto de la cual se encuentra en situación de subordinación funcional y que, por tanto, desaparecerán en caso de que la obligación principal despliegue por sí misma los efectos que le son propios o, al contrario, se extinga o sea declarada nula por cualquier motivo.

¹⁵⁰ MITROUSSI KYRIAKI, "The Ship owners' stance on third party ship management", cit., pp. 31-45. La autora realiza un estudio de campo sobre el desarrollo de las empresas de Gestión de buques, analizando aquellas funciones que son más demandadas por los navieros. En igual sentido, PANAYDIDES PHOTIS M "Competitive Strategies and Organizational performance in ship management", *Maritime Policy & Management*, Vol. 30 n° 2, 2003, pp. 123-140.

oportunas autorizaciones para navegar por sus aguas, entrar o salir de sus puertos, es decir el buque se volvería innavegable y perdería su clase, lo que llevaría aparejado que ninguna Entidad aseguradora quisiera asegurarlo, ni tampoco ninguna compañía medianamente prudente querría fletarlo, es decir que el buque quedaría fuera del tráfico marítimo; por su parte si falla la *gestión de la tripulación*, por no llevar a bordo la tripulación adecuada en cuanto su número, titulación y cualificación de acuerdo a legislación del pabellón del buque, también el buque perderá su navegabilidad y no podrá ejercer su actividad comercial; Así mismo es necesario que el buque este debidamente *asegurado* de acuerdo con su clase y características, ya que la falta de seguro supondría la denegación por las Autoridades Portuarias del despacho del buque, es decir los permisos de salida y entrada a puerto. Y por último la *gestión comercial* no podrá ser desempeñada, sin que previamente se hayan cumplimentado correctamente los tres aspectos anteriores, es decir que el buque cumpla con todos los requisitos exigidos por las normas legales para poder efectuar las navegación y tráficos que pretenda realizar, así como que cuente con las autorizaciones legales exigibles, y que su tripulación se corresponda con la legalmente requerida en cuanto a su número y titulación, así como que tenga en vigor los seguros obligatorios, para que por la Autoridad Marítima competente pueda ser despachado en los puertos donde desea realizar su tráfico comercial. Dicho de otro modo: es condición indispensable que, previamente, se hayan cumplimentado los otros tres aspectos de la gestión, para que se puedan realizar contratos de fletamento o cualesquiera otros negocios destinados al empleo del buque. En definitiva, cualquiera de los cuatro aspectos de la gestión del buque que hemos reseñado, son necesarios para llevar a cabo eficientemente, con todos los requerimientos legales, la actividad típica del contrato de gestión naval consistente en la prestación de servicios marítimos especializados para gestionar los aspectos implicados en la explotación del buque.

II.4.3. Estabilidad de la prestación del *gestor*

Las disposiciones sobre la duración del contrato de gestión de buques había sido una fuente frecuente de malentendidos en la póliza SHIPMAN 98, y con el fin evitarlos se ha modificado el contenido de la cláusula que regula la duración del acuerdo en SHIPMAN 2009, estableciéndose que el contrato entrará en vigor en la fecha acordada por las partes y continuará hasta que lo dé por concluido cualquiera de las dos partes mediante notificación a la otra; en cuyo caso el acuerdo finalizara al vencimiento del último mes pactado como periodo mínimo, o en un período de dos meses a partir de la fecha en se reciba la notificación.

Así pues, entendemos que esta modificación conduce a que el contrato de gestión de buques sea considerado un contrato indefinido, ya que suprime la prolongación del contrato hasta una fecha determinada y en su lugar se prevé, que las partes de común acuerdo, establezcan la duración del contrato por un período mínimo de un número determinado de meses, o transcurridos dos meses después de que una de las partes haya notificado la finalización, si ésta es posterior¹⁵¹.

Además al mismo tiempo que se reafirma el carácter duradero del contrato de gestión de buques, también se reconoce implícitamente que la actividad del *gestor*, necesita de un tiempo para llevarse a cabo, al establecer un periodo inicial mínimo que, superado, se convierte automáticamente en indeterminado. Conectado con este aspecto ha de subrayarse que la prestación esencial del gestor consistente en la gestión de la explotación del buque, no puede solventarse por medio de una relación esporádica, es decir, no cabe una ejecución instantánea de la prestación, sino que aquélla ha de prolongarse en

¹⁵¹ Vid. www.bimco.org SHIPMAN 2009 Explanatory Notes, pp. 38 y ss.

el tiempo¹⁵², dando lugar a una relación continuada y estable que va a permitir al *gestor* desarrollar todos los aspectos de la gestión del buque asumidos por medio de la celebración del contrato¹⁵³.

Así pues, el carácter estable de la actividad realizada unida a la forma duradera del contrato de gestión de buques viene impuesto por el propio objeto del contrato¹⁵⁴: la prestación de servicios marítimos especializados¹⁵⁵ para gestionar todos o algunos aspectos de la explotación del buque durante un período de tiempo; de tal forma que existe una proporcionalidad directa entre la duración del contrato y la actividad encomendada. Igualmente, el *gestor* cuando se ocupa de gestionar la explotación del buque¹⁵⁶, ha de velar de todo aquello que concierne a las necesidades de la navegación, cuidando de todos aquellos aspectos técnico-náuticos encomendados, que sean necesarios, para que el buque no pierda su navegabilidad durante toda la duración del contrato, de modo que sea posible su tráfico marítimo-comercial, mediante contratos de fletamento, arrendamiento, o cualquier otro contrato que genere rendimientos económicos para el naviero¹⁵⁷. Por ello creemos que no debe ofrecer duda que estos servicios no los puede realizar el *gestor* de forma inmediata, sino que se requiere que los mismos se prolonguen en el tiempo¹⁵⁸.

De ahí que lo característico de esta relación de estabilidad no consiste tanto en que su duración sea indefinida, ni siquiera que se trate de una larga

¹⁵² PÉREZ MORIONES, A, *El contrato de gestión hotelera...*, cit., p.334 y ss., la autora considera que la nota de permanencia se manifiesta en el contrato de gestión hotelera, tanto en los supuestos en los que se ha pactado por tiempo determinado, como en los supuestos en los que se ha pactado por tiempo indefinido.

¹⁵³ GORTON, HILLENUS, IHRE Y SANDEVARN, *Shipbroking and chartering practice*, cit., p. 121.

¹⁵⁴ MARTÍ SÁNCHEZ, J.N., “El contrato de Agencia”, cit. p 199. El autor considera que el carácter duradero de un contrato está en relación con la naturaleza y finalidad de la actividad que realice.

¹⁵⁵ ARROYO MARTINEZ I, *Compendio de Derecho Marítimo...*, cit., p 111.

¹⁵⁶ GABALDON GARCÍA J.L, *Curso de Derecho marítimo Internacional...*, cit. p 327.

¹⁵⁷ MITROUSSI K, “Third party ship management”, cit. p.80.

¹⁵⁸ QUINTÁNS EIRAS R., *Delimitación de la Agencia Mercantil en los contratos de colaboración* en Cuadernos mercantiles 8, ed. Edersa, Madrid 2000, p. 219. La autora considera que la actividad del agente consistente en introducir en el mercado los productos o servicios del principal, ampliando el círculo de su clientela o el volumen de negocios, no puede ser realizado de forma instantánea, sino que requiere que la actividad del agente se prolongue en el tiempo.

duración, sino que la actividad responda a una necesidad empresarial que se suponga duradera: gestionar la explotación del buque para el naviero¹⁵⁹.

Otro indicio de que la prestación tiene un carácter estable, nos lo apunta la exigencia de que el *gestor* debe presentar un presupuesto inicial al comienzo del contrato y los presupuestos subsiguientes serán por períodos de doce meses y serán preparados por el *gestor* y presentados al naviero no menos de tres meses antes del final del ejercicio presupuestario¹⁶⁰.

Así mismo en consonancia con el carácter duradero de la prestación, la póliza SHIPMAN 2009¹⁶¹, prevé que el buque pueda estar paralizado o inactivo por un tiempo determinado, pero en caso que la paralización o inactividad se prolongue por más tiempo del pactado en el contrato, las partes se pondrán de acuerdo para reducir proporcionalmente los honorarios del *gestor* durante la paralización hasta que el buque recupere la actividad. Es decir que la cesación temporal de la navegación del buque no supone la suspensión o extinción del contrato¹⁶², sino que en caso de excederse del periodo pactado, se prevé una reducción de los honorarios del gestor que se justifican por la disminución en el nivel de su actividad.

En efecto, no estamos ante actividad esporádica¹⁶³ u ocasional como puede ser la de un *broker* o corredor marítimo, que por encargo del naviero (*owners broker*) o del fletador (*charter broker*) se ocupa de mediar, negociar, o concluir un determinado negocio mercantil relativo a la adquisición y

¹⁵⁹BRANCH ALAN E, *Elements of shipping*, cit., p. 295.

¹⁶⁰Ver cláusula 13 a) de Póliza Shipman 2009 en www.bimco.org.

¹⁶¹Ver cláusula 12 d) de Póliza Shipman 2009 en www.bimco.org.

¹⁶²Si las partes no alcanzan un acuerdo sobre la reducción de honorarios, cualquiera de ellas podrá denunciar el acuerdo de conformidad con la sub.cláusula 22 e) de la póliza Shipman 2009 Vid.www.bimco.org.

¹⁶³MARTÍ SÁNCHEZ, J.N., “El contrato de agencia.”, cit., p.200.

explotación del buque, a cambio de una comisión¹⁶⁴. Por el contrario la actividad del *gestor* tiene carácter permanente¹⁶⁵, porque no participa en un negocio aislado¹⁶⁶, sino que interviene, con carácter general,¹⁶⁷ en el negocio del naviero llevando a cabo la explotación de su buque, para lo cual se obliga a realizar reiterados y sucesivos actos y operaciones que conformarán su obligación de poner a disposición del naviero sus servicios marítimos especializados, por un tiempo, para la explotación del buque.

De todo lo expuesto, se desprende que la duración en el cumplimiento de la prestación¹⁶⁸, atiende a la causa del contrato en un doble sentido, por un lado éste no cumple su función económica correspondiente si su ejecución no se prolonga en el tiempo, y por otro, que la utilidad de la relación que se deriva para las partes está en íntima conexión con la duración del contrato, por ello puede afirmarse que la estabilidad¹⁶⁹ en la relación contractual es un elemento esencial del contrato de gestión de buques, ya que solamente en presencia del mencionado requisito puede satisfacerse adecuadamente las necesidades del naviero y del *gestor*.

¹⁶⁴GABALDÓN GARCÍA, J.L. / RUIZ SOROA J. M^a, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., p. 439 y ss.

¹⁶⁵ BOTANA AGRA, M., “El contrato de agencia en el derecho español”, *DN*, n° 30 1993, p 2. Considera que la satisfacción de una necesidad duradera requiere una actividad del deudor que se prolongue en el tiempo.

¹⁶⁶*Id.* GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J, “Los agentes comerciales”, cit., p. 22. En el supuesto de que una persona intervenga en numerosos negocios de un empresario, pero de tal modo que cada intervención sea independiente de las otra y no guarde continuidad, ni posea un mismo origen contractual, entendemos que no puede ser calificada como contrato de agencia. En este supuesto, cada intervención supondría un nuevo contrato, ya fuese de mediación, comisión o un simple mandato. En la agencia, si bien el agente lleva a cabo varios actos de promoción o conclusión de contratos, esto tiene su origen en un único contra- el de agencia- y responde, por tanto a una única obligación nacida de este contrato.

¹⁶⁷QUINTÁNS EIRAS, M^a .R, *Delimitación de la agencia mercantil...*, cit., p. 224.

¹⁶⁸ PÉREZ MORIONES, A, *El contrato de gestión hotelera...*, cit. P.334 Considera que la estabilidad es un elemento esencial en el contrato de gestión hotelera, Y que la colaboración continuada entre la cadena hotelera y el titular del hotel gestionado va a permitir que la primera desarrolle las obligaciones asumidas y alcance los objetivos de carácter secundario.

¹⁶⁹QUINTÁNS EIRAS M.R., *Delimitación de la agencia mercantil...*, cit., p. 225. La autora considera que la estabilidad en la relación contractual de agencia se configura como un elemento esencial del contrato.

II.4.5. Carácter remunerado de la prestación del gestor

Podemos adelantar que el contrato de gestión de buques es un contrato oneroso, de modo que la propia onerosidad ha de ser considerada un elemento esencial del mismo¹⁷⁰. Como resultado, la remuneración es inherente a la naturaleza del contrato de gestión de buques, ya que este es un contrato oneroso celebrado entre empresarios, a los que les mueve el ánimo de lucro¹⁷¹, representando para el *gestor*, como profesional especializado en servicios marítimos de gestión de buques su medio de vida, o dicho de otro modo la forma de sacar adelante su empresa especializada en servicios marítimos de gestión de buques.

La modalidad de retribución utilizada en el sector de la gestión de buques¹⁷², y también en el Derecho de los Formularios, como el de BIMCO, consiste en la fijación de unos honorarios para un periodo anual, por una cantidad global a tanto alzado, que deberán ser abonados mensualmente por el naviero, a principios de cada mes, en la cuenta bancaria indicada por el *gestor* en el contrato. Por tanto en el pacto contractual se determina la retribución, su importe y el momento en que ha de producirse el pago de la misma.

No debe ofrecer dudas de que el *gestor* asume el riesgo de su propia empresa o riesgo empresarial ; esto es los costes de la puesta en marcha y mantenimiento de su organización a través de la cual llevará acabo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, ya que en el citado

¹⁷⁰ Al igual que el contrato de agencia. Vid. MONTEAGUDO, M, *La remuneración del agente*, Ed Civitas, Madrid 1997 , p 28 y ss.; QUINTÁNS EIRAS,M.R, *Delimitación de la agencia mercantil.....*, cit., p 226 y ss.; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J, *Instituciones de Derecho mercantil*, Vol. II, cit., p 233, URÍA R /APARICIO M.L., *Derecho Mercantil*, cit., p 771 ; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol., II, 23ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 778.

¹⁷¹ En el ámbito mercantil se prevén el abono de remuneraciones tanto al comisionista como al agente, conforme a los art. 277 del CCo y 110.2 c) y 11.1 LCA, respectivamente. La doctrina y jurisprudencia considera que cuando existe una actuación profesional por el gestor, ha de entenderse que opera con ánimo de lucro y por tanto la retribución es consustancial al ejercicio de su profesión.

¹⁷² BRANCH ALAN E. *Elements of Shipping*, , cit. p.468.

formulario, se especifica que el *gestor* deberá, sin coste adicional para el naviero, procurarse su propia oficina, los empleados y el material necesarios, y el naviero reembolsará al *gestor*, los gastos de correos y comunicaciones, gastos de viaje, y otros pequeños gastos de difícil justificación, en el que el *gestor*, haya debidamente incurrido en cumplimiento de los servicios de gestión del buque.

En relación con esta modalidad de percepción de una retribución fija, algún autor¹⁷³ opina que puede afectar a la independencia de un colaborador de intereses ajenos, sin embargo otros afirman¹⁷⁴ que ello no le suprime el carácter de empresario y el riesgo de asumir sus propios costes. Nosotros compartimos la opinión que la percepción de una retribución fija no es incompatible con el riesgo empresarial¹⁷⁵ que conlleva la actividad del *gestor* de buques.

Por otra parte la determinación de antemano del importe de la remuneración, así como su abono y el momento que ha de llevarse a cabo, tiene especial importancia en este contrato, porque su objeto no está integrado por actos u operaciones aisladas a realizar por el *gestor*, sino que está constituido por la prestación de servicios marítimos especializados para llevar a cabo la explotación del buque, y que necesariamente el *gestor* presta por un período de tiempo indefinido.

Por lo que se refiere al importe de la remuneración que ha de percibir el *gestor*, se fija de mutuo acuerdo en el propio texto contractual conforme a

¹⁷³Vid. BALDI, R. “*El derecho de la distribución comercial en la Europa Comunitaria*”. Traducción de Luis Azzadi y J. Leal, EDERSA, Madrid, 1988, parte 1ª p.216, Referentes al agente de LCA considera que una retribución fija elimina el riesgo que debe asumir todo agente, aproximándolo notablemente a un trabajador subordinado.

¹⁷⁴VICENT CHULIA F. *Introducción al Derecho Mercantil...*, cit., p. 34 y ss. En relación con el agente considera que la remuneración en forma de cantidad fija no suprime el carácter de empresario del agente, quien asume el riesgo empresarial que conlleva su actividad. En igual sentido MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*, cit. p 34 y ss.

¹⁷⁵QUINTÁNS EIRAS, M.R, *Delimitación de la agencia mercantil...*, cit., p. 229.

criterios de razonabilidad¹⁷⁶ y práctica habitual en el ámbito del sector de gestión de buques¹⁷⁷.

Con todo, ha de tenerse presente, que en los formularios al uso - SHIPMAN 2009-, se prevé la revisión anual de la honorarios, que será presentada por el *gestor* con el presupuesto anual de administración del buque, aunque en la práctica, esta revisión suele producirse a final del año natural o fiscal. En principio la revisión de los honorarios se prevé consensual, a propuesta del gestor con aceptación del naviero por periodos anuales. Al establecerse la revisión anual, no es probable que se produzcan presupuestos de modificación por circunstancias sobrevenidas, aunque pudiera producirse en casos extremos con ocasión de coyunturas económicas desfavorables que afectaran extraordinariamente a la explotación del buque, en cuyo caso cualquiera de las partes podría invocar la vigencia de la cláusula *rebus sic stantibus*, que permite la modificación de la relación comercial cuando concurren la alteración extraordinaria de las circunstancias tenidas en cuenta al contratar, la desproporción considerable entre las prestaciones recíprocas y la imprevisibilidad de la alteración¹⁷⁸.

¹⁷⁶VICENT CHULIA F, *Compendio crítico de derecho mercantil*, T. II, 3ª ed. JM Bosch 1990, p 317, subraya que la referencia a la “razonabilidad” constituye una incorporación al lenguaje jurídico continental de un concepto anglosajón. Este criterio es muy utilizado en el ámbito marítimo precisamente por la influencia del Derecho Anglosajón. En nuestro sistema jurídico, se hace referencia en el art. 22 de la Ley de Transporte Marítimo de 22 de diciembre de 1949, en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

¹⁷⁷ WILLINGALE MALCOM, *Ship management...*, cit. p. 119.

¹⁷⁸DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, cit., pp. 313 y ss.; quien contempla el problema como una manifestación de la influencia sucinta de la causa durante la vida de los negocios de larga duración. Díez-PICAZO L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Las relaciones obligatorias, Vol. II, 6º ed. Thomson-Civitas, Navarra 2008 pp860 y ss. Señala que uno de los problemas que con mayor agudeza ha preocupado a la doctrina en los últimos tiempos y en general, en todos aquellos en que la coyuntura económica es cambiante o escasamente estable, consiste en determinar la influencia que ejerce en la vida de un contrato una modificación sobrevenida de las circunstancias que las partes habían tenido en cuenta, expresa o implícitamente, como necesarias para su desarrollo y para alcanzar el fin por ellas perseguido. En igual sentido GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., “Introducción al derecho de los Títulos-Valores y de las obligaciones mercantiles” T II ed. Tórculo Ediciones 2002, pp. 492 y ss. Ver: SSTs 12/11/1990 y 23/04/1991.

Igualmente se prevé que, si durante la vigencia del contrato, el naviero decide paralizar (amarrar) el buque y tal paralización dura más de tres meses, ambas partes de mutuo acuerdo pactarán una apropiada reducción de los honorarios por administración durante el período que exceda de los tres meses hasta un mes antes de que el buque sea puesto de nuevo en servicio.

Asimismo como regla general se establece que, ante un eventual falta de acuerdo entre las partes, en relación con la modificación de la cuantía de los honorarios o reducción por paralización, cualquiera de las partes puede dar por concluido el acuerdo, notificándoselo a la otra por escrito con no menos de un mes de antelación a la finalización del ejercicio presupuestario en curso, o al término del plazo de notificación si éste es posterior.

En nuestra opinión este tipo de remuneración que con carácter general se recoge en el Derecho de los formularios, está estrechamente relacionado con el papel fundamental que juega la función técnica u operacional del buque sobre este contrato, por ello la cantidad fijada está desvinculada de cualquier criterio de cantidad y montante de obtención de beneficios derivados de la gestión de la explotación del buque.

No obstante en la última revisión del formulario de BIMCO – SHIPMAN 2009- se contempla la posibilidad de que, por lo que se refiere a la prestación de servicios de la gestión comercial, en relación con aspectos relativos a la gestión de contratos para el empleo del buque, suministro de combustible, gestión de fletes y asistencia en el recobro de cantidades adeudadas al naviero, las partes de mutuo acuerdo puedan excluir de la remuneración global de gestión, prefijada en el contrato, aquéllos servicios, y establecer otro tipo de remuneración que habrá de quedar reflejada específicamente mediante un anexo del contrato. La razón para justificar esta modificación, es evitar el posible riesgo de percepción de descuentos o

comisiones ocultas por el *gestor*, cosa que no está permitido, ya que con carácter general se prevé que todos los descuentos y comisiones obtenidos por el *gestor* en el ejercicio de la gestión del buque serán abonados al naviero.

CAPÍTULO III

CARACTERES DEL CONTRATO DE GESTIÓN NAVAL

III.1 Contrato de gestión de intereses ajenos

El contrato de *gestión de buques* es un contrato nacido de la *práctica anglosajona*, que se puede enmarcar dentro de los contratos de gestión¹⁷⁹, porque del mismo se desprende una actividad de cooperación entre las partes intervinientes en él, con base en la cual la empresa naviera pretende mejorar la gestión de la explotación de sus buques, mientras que la empresa gestora asume la obligación de llevar a cabo todas las actuaciones que sean necesarias para alcanzar tal objetivo¹⁸⁰.

De este modo, tal como hemos venido adelantando, el naviero puede encomendar al *gestor* la gestión de todos los aspectos implicados en explotación del buque o solo alguno, es decir la gestión integral o parcial de acuerdo con los intereses del naviero, pero en cualquiera de las opciones elegidas, el *gestor* siempre actúa en nombre y por cuenta del naviero.

La actividad que realiza el *gestor* constituye una prestación de servicios y, por tanto, versa sobre una prestación de hacer, que se caracteriza por la ajenidad objetiva del interés que se gestiona¹⁸¹, es decir, la gestión recae sobre intereses que no son propios del *gestor* sino de un tercero a quién beneficia el resultado que se persigue¹⁸². La gestión que se desarrolla a través del contrato de “*gestión de buques*”, se caracteriza esencialmente, por ser una gestión

¹⁷⁹MONTÉS PENADES L., “Perfiles jurídicos de la relación de gestión” en Cuadernos de Derecho Judicial Contratos de Gestión, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995, p.16. La gestión ha de ser entendida en sentido amplio, como “manejo, administración, o posesión” y puede comprender tanto actos jurídicos como puramente materiales, actos de carácter económico o que revista un interés exclusivamente personal. En igual sentido STS de 16 octubre de 1978.

¹⁸⁰GARCÍA-PITA Y LASTRES JL, “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista”, cit., p. 2819; VICENT CHULIA F. *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. II, cit., p. 783.

¹⁸¹MONTÉS PENADES, .L. “Perfiles jurídicos de la relación de gestión...”, cit. p.23.

¹⁸²MONTÉS PENADES, .L. “Perfiles jurídicos de la relación de gestión...”, p.16. El autor considera que la gestión ha de ser entendida en sentido amplio, como “manejo, administración, disposición o posesión” y puede comprender tanto actos jurídicos como actos puramente materiales, actos de carácter económico o que revistan actos puramente materiales de carácter económico o que revistan interés exclusivamente personal”.

profesionalizada, la profesionalidad constituye una característica propia del *gestor*¹⁸³. Esta nota se manifiesta desde la misma formación del negocio contractual, porque la confianza que deposita el naviero en el *gestor* se centra principalmente en su capacidad profesional¹⁸⁴. Mediante este contrato el naviero busca mejorar la gestión de sus buques, para lo cual recurre a una *gestor (empresa de gestión de buques)* de reconocido prestigio, que dispone de medios y de experiencia para llevar a cabo satisfactoriamente tal actividad. De este modo, la competencia y capacidad profesional del *gestor* adquieren especial relevancia en el plano causal del contrato.

Esta condición profesional del *gestor* tiene como consecuencia jurídica inmediata, la exigencia de un modelo de conducta empresarial o profesional adecuada, que por lo que se refiere al formulario elaborado por BIMCO (SHIPMAN 2009), el Comité¹⁸⁵ que se encargó de elaborarlo consideró más adecuado seguir los parámetros de diligencia empresarial habituales en el sector del negocio marítimo, y de acuerdo con ello, por un lado ha establecido una cláusula de carácter general (Section 1-Basis of the Agreement. 3 Authority of the Managers) por la que se autoriza al “*gestor*” (*manager*) a realizar sus funciones con absoluta discreción teniendo como límite los parámetros de una gestión leal y competente (*sound ship management practice*¹⁸⁶), y por otro, cuando se refiere a las obligaciones del *gestor*, se le exige que ha de desplegar sus mejores oficios (“*use their best endeavours*”¹⁸⁷) para llevarlas a cabo.

¹⁸³ BOWSTEAD & REYNOLDS, *On Agency*, cit., p. 109 y ss.

¹⁸⁴ MARTI SÁNCHEZ, N, “El contrato de Agencia...”, cit. p.206 El autor pone de manifiesto que la cualidad de empresario del agente se concreta con la condición de profesional como especialista de la actividad a realizar en el mercado.

¹⁸⁵ Vid. www.bimco.org: “Comparison between Shipman 2009 and Shipman 98 explanatory notes”, p 16 y ss.

¹⁸⁶ Vid. www.bimco.org; Cláusula 3 de Shipman 2009 : “Authority of the Managers.....the Management Services in accordance with sound ship management practice.....”

¹⁸⁷ Vid. www.bimco.org; Cláusula 8 Shipman 2009 :Manager’ Obligations “The Managers undertake to use their best endeavours to provide the agreed Management Services.....”.

Esto quiere decir, que en el presente supuesto, es necesario recurrir a criterios de profesionalidad¹⁸⁸ en el comportamiento habitual de otras empresas de gestión (*management*) del mismo ramo de actividad, en unas circunstancias análogas a las consideradas, de manera tal que podrá usarse, para valorar si se emplearon todos los esfuerzos necesarios para favorecer la realización de las operaciones encomendadas, el criterio de profesionalidad que habría usado una empresa de gestión (*management*) normalmente diligente que se hubiera encontrado en aquellas circunstancias.

En su consecuencia, la diligencia y competencia profesional ha de ser la pauta de conducta que han de informar toda la actividad realizada por el gestor, de acuerdo con los cánones de diligencia de un profesional¹⁸⁹ conocedor de los métodos y formas de organización de los medios materiales y personales constitutivos de una empresa de gestión especializada en servicios marítimos.

En nuestra opinión, tal como hemos avanzado al explicar los elementos subjetivos de este contrato, los criterios mencionados en el formulario de BIMCO, pueden identificarse con las pautas de *diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal* que suele exigirse a todo gestor de intereses ajenos¹⁹⁰, y que en sentido amplio, puede traducirse en la exigencia de desempeñar las funciones encomendadas con dedicación y de manera eficiente, actuando en interés de su principal y no en interés propio¹⁹¹.

¹⁸⁸ BRANCH ALAN E, *Elements of shipping*, cit., p. 328.

¹⁸⁹ BOWSTEAD & REYNOLDS, *On Agency*, cit., p. 110.

¹⁹⁰ MONTÉS PENADES L, “Perfiles Jurídicos de la relación...” cit., p.56; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIAARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II cit., p. 209 y ss. VICENT CHULIA F, *Introducción al Derecho Mercantil...*, cit., p.95 y ss.

¹⁹¹ *Vid.* En el contrato de Agencia en su artículo 9.2.a) exige al agente que actúe con la *diligencia de un ordenado comerciante*. Así mismo la Ley de sociedades de capital (art 225.1 226) que exige a los administradores de las sociedades de Capital anteponer los accionistas a los suyos propios. *Vid.* IGLESIAS PRADA J.L/GARCÍA DE ENTERRÍA J, “ Los órganos sociales de las sociedades de Capital” en Lecciones de Derecho Mercantil, AURELIO MENÉNDEZ/ANGEL ROJO directores Vol. I, 11ª ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona 2013 p 505 y ss.; LOJENDIO OSBORNE I./CRUZ

También la legislación proyectada (PLNM), que sigue en parte el derecho de los formularios, recoge expresamente que el *gestor* del naviero deberá cumplir sus obligaciones con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal protegiendo los intereses del naviero.

Por otra parte, la citada cláusula general del derecho de los formularios, establece un criterio global y objetivo de la diligencia que ha de desplegar todo gestor en el desempeño de sus funciones. A nuestro modo de ver, esta fórmula general permite, en principio, que la concreción de la diligencia debida por el gestor ha de referirse efectivamente a la actividad propia y particular de cada una de las funciones que comprende la gestión del buque, así cuando se trate de la función comercial, habrá de tenerse en cuenta que el gestor en la búsqueda y selección de contratos para el empleo del buque, lo hace en un sector muy competitivo, -como es el mercado mundial de fletes-, por lo que su gestión ha de ser activa afrontando cierto riesgo empresarial no exento de equivocarse para mantener la competitividad. Sin embargo en las demás funciones - técnica, laboral y aseguradora-, ha de desarrollar una actividad más conservativa, en el sentido de que ha de llevarse a cabo mediante una regular y prudente buena administración. O dicho de otro modo, la gestión comercial necesita de una actividad dinámica, propia de un ordenado empresario, mientras que, las demás funciones requieren una actividad más estática, típica de un ordenado administrador¹⁹².

RIVERO D. “ La administración de la sociedad”, cit. pp. 513 y ss.; SÁNCHEZ CALERO F, *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pp. 163 y ss.

¹⁹² La Ley concursal establece que los administradores concursales tienen un deber de diligencia similar a los de las sociedades de capitales, al establecer la L .Con. que desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal. (ver, art. 35.1 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal. Las referencias a los “administradores concursales” deben entenderse sustituidas por la fórmula “ la administración concursal, conforme establece la disposición final primera de la Ley 38/ 2011 de 10 de octubre).Vid. SÁNCHEZ CALERO F, *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 166 y ss.; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil* Vol. II, cit., p. 596.

Por tanto para valorar el grado de diligencia en el cumplimiento de las diversas prestaciones habrán de tomar como referencia diversos parámetros, según la actividad de que se trate, por un lado estarían los económicos,¹⁹³ que evalúan no solo la racionalización de costes y beneficios, sino también el estudio e información en términos de toma de decisiones relativas al empleo del buque, concediendo un amplio margen de discrecionalidad teniendo en cuenta la exposición al riesgo de equivocarse al enjuiciar las distintas variables. Y por otro, los de carácter profesional, el gestor al ser un experto han de valorarse sus conocimientos técnicos, su cualificación y la aplicación de los medios idóneos para la gestión de buques, es decir, “un facere” que, por ser llevado a cabo por un profesional¹⁹⁴, se espera que se desarrolle bajo las reglas y estándares de calidad previstos, en el momento actual, para gestionar buques de terceros¹⁹⁵.

Al mismo tiempo, por actuar en representación de intereses ajenos, ha de conectarse la diligencia con la buena fe y con la lealtad¹⁹⁶ como pautas de conducta que deben presidir la actuación del *gestor*; entendiéndose por buena fe¹⁹⁷ actuar con honradez, honestidad, sin engaño, sin reticencia, y que además es una característica que ha de presidir toda ejecución de un contrato mercantil conforme al artículo 57 del Código de comercio. Por lo que respecta a la lealtad ha de entenderse como una cualidad que significa

¹⁹³ JORDANO FRAGA, F, *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid 1987, pp. 148 y ss.

¹⁹⁴ DIEZ PICAZO L, *Fundamentos de Derecho Civil...*, T II, cit., p 57. El autor concluye que “el canon del modelo de comportamiento gestor es, para un standard de conducta normal o conducta media: la que normalmente cabe esperar y es, por consiguiente, usual o acomodada a los usos generales del tráfico, conforme a los arts. 225 CCo y 1719 del CCv que recoge el estándar del *bonus paterfamilias* con la doble función de señalar la diligencia o atención que debe ser empleada, y la tarea o quehacer mismo que debe llevarse a cabo.

¹⁹⁵ MONTÉS PENADES L, “Perfiles jurídicos de la relación de gestión” cit., p 56.

¹⁹⁶ DIEZ –PICAZO L, PONCE DE LEÓN *Fundamentos de Derecho Civil...*, T.II, cit., p. 58. Entienden la lealtad como *Deber de lealtad, que se traduce en un conjunto de comportamientos, cargas o deberes recogidos en distintos artículos del CCv 1724, 1259, y 288 del CCo.*

¹⁹⁷ BOTANA AGRA M, “El contrato de agencia en el Derecho español”, cit., p. 4.

anteponer los intereses ajenos a los propios¹⁹⁸, lo que implica actuar con fidelidad haciendo honor a la confianza depositada.

Sin embargo en el caso del *gestor* de la póliza *SHIPMAN 2009*, la exigencia de fidelidad no se ha querido llevar hasta sus últimas consecuencias y en el contrato se han abstenido de imponerle al *gestor* paralelamente la exigencia de exclusividad, como habitualmente suele imponerse a los gestores de intereses ajenos¹⁹⁹. Los motivos considerados por el Comité²⁰⁰ que elaboró los formularios *SHIPMAN*, para permitir al *gestor* simultanear su mandato con el recibido de otros navieros, era que no deberían surgir graves problemas en este punto, toda vez que aunque a primera vista pudiera estimarse que podría surgir algún conflicto de intereses²⁰¹, en la práctica ello sería difícil de que ocurriese, ya que por un lado, ha de prevalecer la profesionalidad del *gestor*, que de acuerdo con lo establecido en la cláusula 3 de *SHIPMAN*, goza de cierta discreción para decidir lo que es justo y razonable con respecto a la prestación de sus servicios, y nada impide que, si gestiona buques de diferentes navieros, pueda coordinar inspecciones técnicas, traspasar tripulaciones, complementar tráfico, compartir compañías aseguradoras etc.²⁰², es decir se pueden dar contextos similares a los negocios de aplicación²⁰³ pero lo importante es que el *gestor* en estas situaciones nunca

¹⁹⁸ IGLESIAS JL/GARCÍA DE ENTERRÍA J, “Los órganos sociales en las sociedades de Capital”, cit., p. 509.

¹⁹⁹ Vid. Agente del contrato de agencia y de seguros, factores, socios colectivos.

²⁰⁰ HILTON CHRIS, Eversheds law firm (UK) “*The Shipman Ship Management Agreement analysed and compared with the Crew Management Agreement*” Delivered to the Basque Ship-owners Association in Bilbao 28/04/94.

²⁰¹ SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, cit., pp.518 y ss. En las sociedades de capital (art.229 LSC) se establece el deber del administrador de comunicar las situaciones de conflicto. Y se le impone un absoluto deber de abstención en relación con el asunto de que se trate.

²⁰² Ver, Art. 1 Ley 15/2007 de 3 de julio Defensa de la Competencia. Las empresas de gestión de buques. han de ser especialmente cuidadosas de no realizar prácticas monopolizadoras o conductas prohibidas en relación con la defensa de la competencia, al llevar a cabo su actividad de gestionar la explotación del buque. Vid. AA.VV., *Derecho de la competencia y de la publicidad*, en Est. Hom. Fernández-Novoa, Madrid 2010.

²⁰³ Ver.: OTERO LASTRES JM, “, La Autoentrada de los agentes de cambio y bolsa”, *Revistas de Derecho Bancario y Bursátil* nº 1 Enero-Marzo 1981, p. 110 y ss. “...En el negocio de aplicación existen dos comitentes, un comisionista, dos contratos de gestión y un solo negocio de realización...”

menoscabe el interés de uno en favor del otro, sino que favorezca la competitividad de todos sus clientes,²⁰⁴ por ser uno de los objetivos principales para los que se contratan sus servicios; y por otro, el *gestor* está compitiendo por su negocio en el libre mercado y no le interesa perjudicar a sus clientes, porque si un naviero no se encuentra satisfecho con sus servicios indudablemente cambiará de *gestor*.

Por lo que respecta al ámbito en el que se desarrolla la labor del *gestor*, la obligación de diligencia ha de valorarse teniendo en cuenta que es un conocedor experto en los negocios del tráfico marítimo²⁰⁵, y como tal debe de actuar con patrones técnicos de navegabilidad y seguridad del buque, ocupándose de que el buque obtenga y conserve en vigor todos los certificados estatutarios (*seguridad, construcción, navegabilidad, dotación mínima, prevención de la contaminación y otros aspectos técnicos*) expedidos por la Autoridad Marítima competente conforme a los Convenios Internacionales, así como el mantenimiento de la clase, para poder realizar una navegación comercial; y al mismo tiempo operar con criterios de racionalidad económica, calculando riesgos, comparando costes y beneficios, oportunidades de negocio en el transporte de mercancías, y mercado de fletes, etc. de manera que con su actuación se obtenga ventajas tácticas como el ahorro de costes y ventajas estratégicas como mejoras en la calidad de las operaciones para lograr el objetivo de gestionar con eficiencia la explotación de buque²⁰⁶.

; ALONSO ESPINOSA F.J, “Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil” en monográfico contratos de gestión, Cuadernos de Derecho Judicial, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995, p. 149.

²⁰⁴URIA RODRIGO, MENÉNDEZ A, ALONSO SOTO, “Contratos de Colaboración”,cit. p. 163 - 171.

²⁰⁵ BRANCH ALAN E, *Elements of Shipping*..., .cit. p. 202.

²⁰⁶ CHRIS HILTON, “The Shipman Management Agreement”, cit., p. 9. El Comité que elaboró el acuerdo Shipman, había incluso sugerido que debía permitirse a las *buenas empresas de gestión de servicios marítimos* que actúan de forma habitual con profesionalidad y diligencia, y que por tanto no pierden su límite de responsabilidad, obtener alguna ventaja en el mercado, especialmente en relación con el importe de las primas de seguros, toda vez que las entidades aseguradoras disponen de información fehaciente sobre las reclamaciones que se inician contra cualquier shipmanager.

En definitiva, como el *gestor*, es un manager de intereses ajenos²⁰⁷, - intereses que versan sobre un buque como bien productivo- , ha de realizar su actividad de forma prudente pero al mismo tiempo activa y enérgica, acorde con el ambiente del tráfico en que se mueve y su valoración ha de ser realizada en cada caso concreto a la vista de las circunstancias²⁰⁸.

III.2 Especial relevancia del *intuitu instrumenti*

Aunque este contrato, al igual que el mandato o comisión mercantil, o de agencia, está sustentado en la confianza, habida cuenta que su contenido esencial es una labor de gestión de intereses ajenos, entendemos que el objeto de la confianza del naviero está depositada en la organización del *gestor* y no tanto en las condiciones personales de éste o *intuitu personae*. Esto se debe principalmente porque el contrato de *gestión de buques* está pensado para que las partes tanto el naviero como el *gestor*, sean personas jurídicas, como en realidad sucede en el tráfico marítimo.

El naviero cuando tiene que elegir un *gestor* para su buque o flota, tiene en cuenta las características técnicas, productivas, comerciales, patrimoniales, financieras de la empresa de gestión de buques²⁰⁹. Así pues la relevancia de la elección radica en el *intuitu instrumenti*, es decir, en que el *gestor* se configure como una empresa organizada en forma societaria, teniéndose en cuenta factores objetivos, de índole económica como rentabilidad y situación financiera; aspectos técnicos-administrativos especialmente que sea una empresa que haya sido certificada²¹⁰ por las Autoridades Marítimas competentes para implantar los Códigos de Seguridad ISM y de protección del medio marino ISPS, mencionados en apartados anteriores, por ser

²⁰⁷ RUIZ SOROA J. M^a, *Manual de Derecho Marítimo: El buque, el naviero, personal auxiliar*, cit., p. 91.

²⁰⁸ WILLINGALE MALCOM, *Ship management...*, cit., p. 114 y ss.

²⁰⁹ MITROUSSI KYRIAKI, "The ship owners' stance on third party ship management", cit., p.42.

²¹⁰ WILLINGALE MALCOM, *Ship management...*, cit., p.115.

fundamental para la navegación comercial y expectativas de negocio del buque; aspectos estructurales relacionados con la forma de cómo el gestor organiza su oficina²¹¹, tales como si dispone de personal competente y experimentado en la gestión del buque, que tenga capacidad para adaptar con rapidez la gestión del aquél a los cambios que exigen la regulaciones nacionales e internacionales, especialmente en referencia con la prevención del medio marino, así como al desarrollo e implementación de las nuevas tecnologías relacionadas con la operatividad del buque²¹².

Otra característica que incide significativamente en el aspecto *intuitu instrumenti* del contrato, son sus causas de extinción. En los contratos de comisión o agencia, donde el elemento personal o *intuitu personae* es determinante, se establece como causa de extinción, la muerte o declaración de fallecimiento o inhabilitación del comisionista o agente²¹³. Sin embargo en el contrato de *gestión de buques*, las causas de extinción hacen referencia a situaciones de insolvencia²¹⁴, cesación en la actividad comercial, la disolución y liquidación de cualquiera de las dos partes contratantes, siempre que en estos últimos supuestos no sea con el propósito de reactivación o fusión. Como puede observarse, estas causas están incluidas entre las previstas en nuestro ordenamiento para las sociedades, y operan de forma objetiva, atendiendo a la actividad económica de la sociedad de gestión de buques, y por tanto no están basadas en la insustituibilidad de la persona del gestor.

Sin embargo, a pesar de la relevancia del *intuitu instrumenti*, el naviero a la hora de contratar con determinada empresa que se ocupe de gestionar la

²¹¹ WILLINGALE MALCOM, *Ship management*, cit., p.105.

²¹² SVEIN SORLIE, "Third Party Ship Management Services: Providing a First Class Service", Ponencia presentada en The Lloyd's Ship Manager 14 Annual Ship Management Conference 2004, publicada por Lloyd's List Events 2004 pp. 1-8.

²¹³ Vid. Contrato de Agencia artículo 27; contrato de comisión art. 280 del Código de Comercio.

²¹⁴ En este caso habría que acudir a los presupuestos previstos en la Ley Concursal 22/ 2003 de 9 julio, y en especial a lo dispuesto en el art. 61 y ss., sobre el efectos de los contratos una vez declarado el concurso.

explotación de sus buques, además de los factores técnicos y productivos, tendrá en cuenta el prestigio de esa entidad²¹⁵, es decir que la empresa se haya ganado el respeto en el sector de la gestión naviera por su legitimidad, credibilidad y el trabajo bien hecho²¹⁶, lo cual no es exactamente un dato objetivo, porque resulta intangible y difícil de medir, de ahí que el *prestigio empresarial* pueda considerarse una apreciación subjetiva,²¹⁷ pero con peso específico, que los competidores, el sector profesional y el público en general perciben como buena reputación que robustece la imagen corporativa de la empresa y genera confianza en sus clientes actuales y en los potenciales. Y por último también está la influencia del “factor personal”²¹⁸, es decir la relación entre el naviero y el *gestor* que va a funcionar y perdurar si está basada en el respeto y confianza mutua, pero que también es extremadamente difícil de cuantificar. Todo ello evidencia que el elemento personal²¹⁹ aunque ha cedido terreno ha de seguir siendo un criterio a valorar en la conclusión del contrato.

A la vista de las consideraciones precedentes, no vemos inconveniente en admitir que si bien el contrato de *gestión de buques* debe encuadrarse entre los denominados *intuitu instrumenti*, ello no es óbice para que, a la hora de contratar el naviero, además de las cualidades estructurales de la empresa, tenga en cuenta su prestigio o buena reputación en el mercado.

²¹⁵ PANAYIDES PHOTIS M / CULLINANE KEVIN P.B., *The vertical disintegration of ship management...* cit., p. 41.

²¹⁶ PRICE D. “*Managing Reputation: The Owner/ Manager Relationship*”, Comunicación presentada en The Lloyd’s Ship Manager 14 Annual Ship Management Conference 2004, Limassol Cyprus 13-14 september 2004, pp 3 y ss.

²¹⁷ QUINTÁNS EIRAS M^a R., *Delimitación de la Agencia Mercantil ...*, cit., p. 241.

²¹⁸ WILLINGALE MALCOM, *Ship management*, cit., pp. 155 y ss. *En el ámbito internacional del contrato de gestión de buques, se considera que la compatibilidad cultural es otro ingrediente a tener en cuenta, pero este aspecto debe ser visto desapasionadamente porque diferentes culturas pueden trabajar juntas muy bien, especialmente si aportan fortalezas complementarias. Por ejemplo, la disciplina y rigidez de la cultura del norte de Europa puede beneficiarse de la flexibilidad e innovación que ofrecen las compañías de origen latino. En otras palabras, el factor personal se debe tener en cuenta pero resulta muy difícil cuantificarlo.*

²¹⁹ FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “*Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos*”. RDM, núm. 95, 1965, p. 19 y ss. El autor analiza la dimensión objetiva y subjetiva del concepto jurídico de empresa.

III.3. Contrato de duración

Tal como hemos avanzado, las disposiciones sobre la duración del contrato de gestión de buques en el Derecho de los formularios, han dado lugar a frecuentes malentendidos²²⁰, razón por la que en el formulario de BIMCO -SHIPMAN 2009- se ha modificado el contenido la cláusula que regula la duración del acuerdo estableciéndose:

“Cláusula 21 Duración del acuerdo²²¹ : Este contrato entrará en vigor en la fecha acordada por las partes (casilla 2) y continuará hasta que lo dé por concluido cualquiera de las dos partes mediante notificación a la otra; en cuyo caso el acuerdo finalizara al vencimiento del último mes pactado como periodo mínimo, (casilla 18), o en un período de dos meses a partir de la fecha en se reciba la notificación ...”.

De modo que para evitar controversias, en la versión revisada de SHIPMAN²²² se ha suprimido la referencia a la prolongación del contrato hasta una fecha determinada; y en su lugar se prevé, que las partes de común acuerdo, establezcan la duración del contrato por un período mínimo de un número determinado de meses, o transcurridos dos meses después de que una de las partes haya notificado la finalización, si ésta es posterior. La previsión de un plazo inicial mínimo tiene la finalidad²²³ de evitar para ambas partes una finalización sorpresiva del contrato, aunque el escenario más común y que ha suscitado conflictos en la práctica, haya sido aquél en el que

²²⁰ Vid. BIMCO Special Circular, “Shipman 98, Standard Ship Management Agreement”, cit., p.7.

²²¹ Vid. www.Bimco.org : 21. Duration of the Agreement (a) *This Agreement shall come into effect at the date stated in Box 2 and shall continue until terminated by either party by giving notice to the other; in which event this Agreement shall terminate upon the expiration of the later of the number of months stated in Box 18 or a period of two (2) months from the date on which such notice is received....* “.

²²² Vid., en: www.Bimco.org. Explanatory Notes Shipman 2009.

²²³ Vid., en: www.Bimco.org Explanatory Notes Shipman 2009.

el naviero pretende finalizar el acuerdo en un período muy corto de tiempo desde su inicio.

De todas formas, entendemos que el carácter duradero de este contrato y la estabilidad que lo caracteriza, no están reñidos con la determinación de un plazo inicial mínimo de duración, que las partes fijan libremente de mutuo acuerdo- en el marco de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CCv) -, por lo que consideramos que no afecta al principio de libertad y disponibilidad contractual que rige la filosofía del contrato, sino que al contrario, en aras de tales principios se intenta de antemano prever posibles situaciones incómodas para los contratantes que pudieran verse sorprendidos por una denuncia muy temprana del contrato, de lo que se derivaría una situación injusta²²⁴, que seguramente daría lugar a una reclamación de daños y perjuicios por su arbitrariedad²²⁵, y de esta forma, con la fijación por ambas partes de un periodo mínimo de duración del contrato, se intenta evitar tales controversias y el coste económico de reclamaciones judiciales o extrajudiciales que necesariamente conllevaría²²⁶.

De manera que son las partes quienes pactan un periodo inicial de duración mínima, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso – gestión integral o parcial del buque-, de modo que la brevedad del plazo no impida que la relación produzca los efectos que le son propios; es decir, que no sea por un tiempo despreciable de duración que no permita amortizar la

²²⁴GARRIGUES J, “*Los agentes comerciales...*,” cit., p.22. El autor califica la exigencia de “*plazo mínimo*” como “imperativo de equidad”, pues, sería injusto que una vez que el agente hubiese superado las dificultades inicial que siempre suponen la apertura de nuevos mercados y la conquista de nuevos clientes, el comerciante decidiese prescindir a su arbitrio de los servicios del agente.

²²⁵Vid STS Sala 1ª 28/01/2009 y STS 21/11/2011, en relación con los contratos de concesión y distribución respectivamente.

²²⁶MARTÍ SÁNCHEZ, J.N., “El contrato de Agencia” cit., p 201. El autor, es contrario a prever un plazo mínimo, en el caso del contrato de agencia, estima que la denuncia arbitraria del contrato de duración indefinida, por parte del empresario, no supone una actuación que desvirtúa esta figura contractual. Consistirá en un comportamiento de mala fe, encuadrable en el art 71 del CC, por violación del mismo; o en un acto de abuso de derecho, con los efectos previsto, con carácter genera en el apartado 2 del mismo artículo: indemnización de daños y perjuicios.

inversión necesaria para llevar a cabo los servicios encargados²²⁷, porque el *gestor* deberá en primer término, poder disponer de un espacio temporal suficiente para llevar a cabo los distintos aspectos relacionados con la explotación del buque, y en segundo lugar, disfrutar durante un espacio temporal de los frutos conseguidos como consecuencia de poner desde el inicio sus servicios marítimos a disposición del naviero. Por tanto, la fijación del plazo mínimo de duración ha de respetar determinados límites por debajo de los cuales se desnaturalizaría²²⁸ el contrato de “*gestión de buques*”.

A nuestro modo de ver, las citadas modificaciones persiguen una relación jurídica duradera entre las partes, ya que el *gestor* se obliga frente al naviero de una manera continuada o estable. Y al mismo tiempo sirve para distinguir el contrato de *gestión de buques*, de los contratos de ejecución instantánea, en los que la relación queda inmediatamente extinguida con la realización de la prestación o prestaciones previstas en él;²²⁹ mientras que en las relaciones duraderas cuyo desenvolvimiento supone un período de tiempo más o menos prolongado, la prestación implica una conducta duradera o bien una serie de prestaciones periódicas. El maestro Garrigues considera que la diferencia entre los contratos de duración y de ejecución instantánea estriba en la diversa función que cumple el tiempo en las relaciones jurídicas²³⁰.

²²⁷ En relación con el contrato de Agencia, PORFIRIO CARPIO L.J., “La extinción del contrato de agencia” R.D.M. nº 210,1993 p 1257; RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D, “Notas sobre la nueva Ley del contrato de Agencia” A.D.C., T. XLVI, fasc.,II,1993, P 778, consideran que la duración mínima no debe ser un plazo inferior al necesario, para que pueda haber un efectivo cumplimiento del contrato en atención a la labor que va a desempeñar el agente.

²²⁸ QUINTÁNS EIRAS M.R., *Delimitación del contrato de agencia mercantil...*, cit., p 250, En relación con el contrato de agencia, la autora defiende que se trata de que a duración prevista en el contrato no sea inferior a determinados límites que desnaturalizarían la figura del agente. Considera que en el contrato de agencia el legislador no tuvo intención de fijar un plazo mínimo.

²²⁹ DIEZ –PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial ...*,T.II, cit., p.332.

²³⁰ Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE J, *RDM*, núm. 83, 1962, p. 21.

En nuestra opinión, el contrato de “*gestión de buques*” se encuadra mejor como un contrato de *tracto sucesivo*²³¹, que de tracto continuado, toda vez que las diferentes actividades que puede realizar el *gestor*, se resumen en diferentes actos singulares, tales como por ejemplo, implantar y mantener el sistema de gestión de seguridad de acuerdo con el Código IGS, organizar y supervisar reparaciones, organización de suministros, nombramiento de inspectores y asesores técnicos, contratar la dotación, concertar seguros, y captar diferentes tráficos mediante contratos de explotación para el buque, etc., y todo ello a través de la sucesiva intermediación en actividades materiales, técnico-náuticas, y operaciones de comercio, es decir, la actividad del *gestor* se concreta necesariamente en la conclusión de reiterados servicios de forma continuada. El contrato de gestión de buques se encuentra vinculado a una necesidad²³² que se prolonga en el tiempo, y que ha de satisfacerse mediante el cumplimiento progresivo de las distintas prestaciones que componen la obligación duradera, sin embargo la ejecución de las distintas prestaciones no provoca la extinción gradual y proporcional de aquella obligación²³³ que es intrínsecamente diversa de la suma de las prestaciones que se van realizando²³⁴.

²³¹ ALBADALEJO. M., *Derecho civil. Derecho de las obligaciones...* T.II, cit. p 39. El autor distingue entre obligaciones Transitorias o de tracto único, que son aquellas en las que la prestación se agota en sólo un acto o en varios aislados (entrega de la cosa vendida o pago del precio a plazos) . Duraderas que son aquellas que imponen al deudor: 1º, bien, la prestación de una conducta permanente, es decir de tracto continuo (custodiar la cosa el depositario) 2º, bien, la realización de actos reiterados durante cierto tiempo o de tracto sucesivo o periódico (pagar cada mes la renta el arrendatario, mientras que el arrendamiento dure)

²³² Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE J, *Tratado...*, cit. p 418, En relación con el contrato de suministro, considera que éste responde a una necesidad duradera porque sus razón de ser está en el deseo de hallar satisfacción rápida, segura y económica a las necesidades constantes en la vida moderna, que sería aleatoria y antieconómica satisfacer concertando un contrato distinto en cada momento en que surgiese la necesidad.

²³³ FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ L, *El contrato de suministro. El incumplimiento*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992, P 243, en relación con el contrato de suministro señala que el interés de los contratantes en cumplir una necesidad duradera, al satisfacerse una de sus manifestaciones, se ha consumido en su dimensión temporal, pero nunca en cuanto a su integridad que seguirá siendo la misma que tenía antes de ser cumplida aquella prestación.

²³⁴ QUINTÁNS EIRAS R. *Delimitación del contrato de Agencia mercantil...*, cit., p. 248.

En suma, todo lo expuesto conduce a que el contrato de gestión de buques sea considerado un contrato duradero, pues una vez superado el periodo inicial mínimo, la duración del contrato será indefinida hasta que cualquiera de las partes lo denuncie previamente.

III.4. Contrato mercantil

Existe actualmente en la doctrina²³⁵ un sentir mayoritario en conceptuar el Derecho mercantil²³⁶: “*Como la parte del Derecho privado que comprende el conjunto de normas jurídicas relativas a los empresarios y a los actos que surgen en el ejercicio de su actividad económica*”. Atendiendo a este concepto, entendemos que los elementos que sirven como criterio delimitador de la mercantilidad de un contrato vienen representados por la presencia de los elementos empresa y empresario.

Así las cosas, la mercantilidad de los contratos parece subordinarse al presupuesto subjetivo²³⁷ que al menos una de las partes siempre sea un empresario, y que no tenga con la otra parte relación de dependencia, ni personal ni subordinación jerárquica.

²³⁵BROSETA PONT M, *Manual de Derecho mercantil*, Vol., I, cit., pp. 53 y ss.; OLIVENCIA RUIZ M, “La autonomía del Derecho mercantil. La Constitución y el Derecho mercantil. Ensayo de un concepto del Derecho Mercantil”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G./DÍAZ MORENO (Coors.) *Derecho Mercantil* Vol. 1º 15ª Marcial Pons, Madrid 2013 pp. 67 y ss.; URÍA R./MENÉNDEZ A, “Concepto, evolución histórica y fuentes del Derecho Mercantil” en MENÉNDEZ A./ROJO A. *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 11ª ed. Thomson-Civitas, Navarra 2013, pp. 31 y ss. Con igual criterio, GARCÍA PITA Y LASTRES J.L, “Introducción al derecho de los Títulos Valores y de las Obligaciones Mercantiles”, cit., p. 315. El autor considera que: *el Derecho Mercantil es el Derecho Privado especial de los empresarios, en el ejercicio de su actividad económica profesional, constitutiva de empresa*”.

²³⁶SÁNCHEZ CALERO, F./ SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE,J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, cit. pp. 61 y ss.

²³⁷ RUIZ DE VELASCO A, *Manual de Derecho Mercantil*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999. *El autor afirma: “El carácter mercantil es consustancial al contrato, supuesto que sólo tenga razón de ser dentro de la empresa, y sólo puede llevarse a cabo mediante una actividad organizada empresarialmente”*.

Por otra parte el Código de comercio también hace referencia al elemento objetivo como determinante de la mercantilidad al hacer mención al “acto de comercio” o la expresión “operaciones comerciales” que ofrece un concepto más amplio²³⁸. Este criterio objetivo es criticado por la doctrina mercantilista,²³⁹ en el sentido de que no se puede hablar de acto de comercio como si fuera una noción independiente del sujeto que lo realiza. El acto de comercio lo es porque pertenece al giro o tráfico de un empresario, por ello la interpretación más acorde con la realidad actual sería entenderlo como “operaciones pertenecientes al giro o tráfico de la empresa”²⁴⁰.

Por lo demás, la nueva contratación ha superado los moldes clásicos de los Códigos, sean civiles o de comercio, con la aparición de contratos atípicos, complejos, mixtos, coaligados...(*factoring, leasing, engineering, outsourcing, swaps, management etc.*)²⁴¹. Y, a falta de una normativa específica, de una tipificación legal, y, sobre todo, de una normativa acotadora de su condición común o mercantil, la determinación del régimen jurídico que se les ha de aplicar debe hacerse de acuerdo con el criterio de acotación de la mercantilidad más conveniente²⁴². Pues bien, si partimos de que el Derecho mercantil se asienta fundamentalmente sobre la figura del empresario, podemos llegar a la conclusión de que estos nuevos contratos serán mercantiles en la medida en que sean realizados por empresarios en el

²³⁸SÁNCHEZ CALERO F, “La normativa del contrato de agencia mercantil” en I Congreso Nacional de Agentes Comerciales de España, Madrid, 1985, p. 9 -10. El autor en lugar de hablar de actos de comercio, utiliza la expresión “operaciones comerciales”.

²³⁹GARCÍA PITA Y LASTRES JL “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista” cit., p. 2834, El autor critica la regulación de la figura de los actos de comercio en el Código de Comercio en el sentido de que su formulación introduce un peligroso elemento de inseguridad en la concepción básica del área de aplicación de la normativa propia de esta rama jurídica.

²⁴⁰URIA RODRIGO/APARICIO M.L., *Manual de Derecho Mercantil*, cit., p. 625.

²⁴¹FERNÁNDEZ RUIZ J.L./MARTÍN REYES Mª A, *Fundamentos de Derecho Mercantil*, T.II 3º ed rev Edersa, Madrid 2001, p.150 y ss.

²⁴²GARCÍA PITA J.L., “Introducción al derecho de los títulos-valores y de las obligaciones mercantiles”, T. II, cit., p.22.

ejercicio de su actividad, y que esta circunstancia les imprima un rasgo de especialidad que requiera una normativa divergente de la civil²⁴³.

A nuestro modo de ver, y siguiendo la doctrina mercantilista mayoritaria²⁴⁴, no es necesario que los dos requisitos de mercantilidad – subjetivo y objetivo- concurren, para entender que estamos ante un contrato mercantil, sino que, por el contrario, a la hora de determinar la mercantilidad de un contrato ha de ponerse el énfasis en el requisito subjetivo de que una de las partes sea empresario.

Por lo que se refiere a elemento subjetivo-funcional, -empresarios actuando como tales en el tráfico de su empresa-, consideramos que en el contrato de gestión naval no debe ofrecer duda que tanto el naviero como el gestor son empresarios, tal como hemos tenido ocasión de exponer al precisar los elementos subjetivos de este contrato, remitiéndonos en este aspecto a lo ya expuesto. Por lo demás queremos señalar que el naviero es un empresario, cuya figura es regulada en el Código de comercio, que se dedica a ejercer en nombre propio la explotación comercial del buque y ante la necesidad de responder a unas exigencias del mercado cada vez más elevadas y una competencia cada vez más intensa, recurre al contrato de gestión naval para que una empresa de gestión especializada en servicios marítimos de gestión, lleve a cabo, en nombre y por cuenta de él, todos o algunos de los aspectos de la explotación de su buque, a fin de realizar con eficiencia la operativa del buque, manteniendo la competitividad en un mercado tan globalizado como el

²⁴³ GARCÍA PITA J.L. *Introducción al derecho...*, cit., p. 23. El autor considera que esta conclusión también puede encontrar apoyo en una interpretación adecuada del artículo 2 del Código de comercio.

²⁴⁴ *Vid.*; GARCÍA PITA Y LASTRES JL, *Introducción al derecho...*, cit. p. 302 y ss.; GÓMEZ CALERO, J, “*El contrato Mercantil: Nociones Generales*”, en AA.VV *Derecho Mercantil*, Vol., II, 7ªed. Ariel, Barcelona 2002, p. 223 y ss; JIMÉNEZ SÁNCHEZ G.J, “Aproximación al tema del concepto de derecho Mercantil” en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, ed., Civitas 1978p. 341 y ss; SÁNCHEZ CALERO F/ SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil...*, Vol. I, cit., pp. 61 y ss.

del sector marítimo. Es decir se sirve de este contrato para realizar su actividad económica de navegación y explotación del buque, manteniendo siempre la cualidad de naviero y por tanto empresario de la navegación²⁴⁵.

En relación con la figura del *gestor*, como hemos venido repitiendo, ejerce una actividad profesional, organizada y especializada en la prestación de servicios marítimos que ofrece al naviero para administrar y gestionar su buque; es decir: que el *gestor* es un empresario específicamente organizado con el fin de prestar servicios marítimos para lo cual pone a disposición de su cliente – el naviero o empresa naviera- su organización para así realizar su finalidad u objeto. Desde este punto de vista, el contrato de *gestión de buques*, es un negocio jurídico que genera relaciones entre un empresario/prestador de servicios marítimos con otro empresario/beneficiario de dichos servicios. Por tanto al tener la condición de empresarios ambos contratantes, entendemos que resulta todavía más evidente el argumento de atribuir carácter mercantil a este contrato.

Por lo que respecta al criterio objetivo de mercantilidad, hay una presunción de su concurrencia, toda vez que el comitente, al ser necesariamente naviero – lo que implica su condición de empresario- ha de encargar al *gestor* la realización de una actividad relacionada con el ejercicio de su empresa, como es la administración o gestión del buque para su explotación comercial, aunque en algunas ocasiones, no se nos escapa la dificultad que puede presentar el aplicar este criterio, por ejemplo cuando se confiere al *gestor* un encargo limitado a algunas funciones técnicas del buque.

²⁴⁵GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *Arrendamientos de buques y Derecho Marítimo*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pp. 96 y ss.

Ahora bien, incluso en ese caso es preciso insistir que se trata de un acto perteneciente al tráfico de la empresa naviera, ya que es requisito inexcusable de acuerdo con la legislación marítima internacional que el buque cumpla las condiciones técnicas de navegabilidad para poder ser explotado comercialmente, so pena de ver imposibilitada tal finalidad de explotación, si durante cualquier tiempo pierde algunos de los requisitos de navegabilidad.

Por consiguiente, tanto las condiciones técnicas de navegabilidad, como la explotación comercial del buque sirven, al interés de la empresa y son necesarias para realizar la actividad constitutiva de la empresa naviera.²⁴⁶

Por otra parte, el *gestor* es un empresario específicamente organizado para la prestación de servicios marítimos, es decir: desarrolla el objeto propio de su empresa al poner a disposición del naviero su organización, metodología, tecnología y demás recursos materiales y personales para la realización de los servicios marítimos contratados.

De todos modos, entendemos que han de ser las condiciones subjetivas del naviero y del *gestor*, - que actuarán siempre dentro de su giro o tráfico empresarial²⁴⁷ - las que realmente deben ser determinantes a la hora de atribuir un indudable carácter mercantil a este contrato.

²⁴⁶RODRIGUEZ CARRIÓN JL, "El contrato de arrendamiento de buques", *ADM*, T III, p. 314
"“...Todas estas actividades no son más que manifestaciones de la explotación de un buque. Constituyen, en definitiva, una manifestación de su actividad empresarial”.

²⁴⁷GARCÍA PITA Y LASTRES JL, "Introducción al derecho....", .cit. p. 332 El autor defiende la tesis de los contratos mercantiles como contratos realizados por un empresario, en el ejercicio de la actividad de empresa, como la más correcta, y que puede ser aplicada a nuestro ordenamiento positivo, sin quiebra alguna de sus disposiciones positivas. En igual sentido, BELTRÁN E/ORDUÑA J/ CAMPUZANO A., *Curso de Derecho Privado*, 15ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 620
"“... La doctrina más autorizada entiende que el criterio distintivo ha de ser la pertenencia o no del contrato a la serie orgánica de la actividad económica constitutiva de empresa... ”.

A mayor abundamiento el contrato de “*gestión de buques o shipmanagement*” recoge en su forma y clausulado el régimen típico de los contratos mercantiles, como es el hecho de ser un régimen convencional que se plasma en un formulario “BIMCO”, destinado a ser utilizado internacionalmente en el tráfico marítimo, con un contenido de condiciones típicas, en las que se hace referencia a pautas de profesionalidad, cláusulas de aseguramiento, sometimiento a arbitraje etc.

La trascendencia práctica de calificar a este contrato como mercantil, reside en la aplicabilidad al mismo de las normas generales sobre contratación mercantil artículos 50 a 63 del CCo, y en su caso, la prescripción mercantil, y además cualquier norma especial, que por aplicación analógica, se extraiga de algunos contratos mercantiles, como la comisión, arrendamiento mercantil de servicios, agencia, o de la figura del naviero-gestor.

Ello conlleva, de acuerdo con el art. 57 del CCo, que los criterios interpretativos y valorativos, en materia de contratos, sean por un lado, la buena fe de las partes, en la celebración y en el propio cumplimiento, y por otro, la exactitud en los términos literales del contrato que no pueden ser arbitrariamente restringidos. El citado concepto de buena fe, en el ámbito del CCo, ha de interpretarse como un deber de lealtad de comportamiento en la actuación de las partes respecto de la celebración, ejecución y cumplimiento del contrato.

Estos criterios adquieren mucha importancia en el presente caso, toda vez que al ser, por el momento, un contrato carente de regulación específica, en el supuesto de discrepancia o conflicto, debemos acudir primeramente al

examen del clausulado del contrato para determinar la verdadera voluntad e intención de las partes.

III.5. Contrato consensual: Libertad de forma

El contrato de gestión del buques, tal como hemos avanzado, es un contrato mercantil, por lo que según lo previsto en el art.50 CCo, si el Código de Comercio o las leyes mercantiles especiales no prevén otra cosa, le son de aplicación las reglas generales del Derecho común. Pues bien, las reglas generales sobre las obligaciones y contratos establecidos en el Código Civil parten de la base que el contrato se sustenta sobre un acuerdo de voluntades. Así resulta del dispuesto en los arts 1254 y 1258 del CCv, que establecen que:

“El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto unas de otras”....”

Y que:

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces se obligan...”

Y, como quiera que de acuerdo con lo previsto en el art.1262 del CCv,- el consentimiento:

“...se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”,

habremos de llegar a la conclusión de que el acuerdo de los contratantes se configura como el requisito básico del contrato,²⁴⁸ puesto que comprende en su expresión a los otros dos elementos esenciales (el objeto y causa)²⁴⁹.

²⁴⁸ ALBADALEJO. M., *Derecho civil. Derecho de las obligaciones* T.II, cit. pp. 372 y ss. DÍEZ PICAZO L, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Introducción Teoría del contrato*, Vol. 1 cit. pp. 185 y ss.

²⁴⁹ LANGLE RUBIO, E., *Manual de Derecho Mercantil español*, T.III, *Obligaciones comerciales. Doctrina General de las obligaciones mercantiles y de sus fuentes, especialmente del contrato*.

Pues bien, de acuerdo con lo expuesto, el contrato de gestión de buques es un contrato dominado por la consensualidad y la libertad de forma. Se trata de un contrato que no exige forma especial de celebración y que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes contratantes (art. 1258 CCv) por lo que ha de considerarse un contrato consensual. Esta libertad de forma en la contratación, es manifestación de los principios consagrados en las disposiciones del Código Civil y Código de Comercio reseñadas, que suponen que el contrato de gestión de buques poseerá validez y eficacia cualquiera que se la forma en se celebre.

En su consecuencia, la forma escrita²⁵⁰, como expresión exteriorizadora del consentimiento libremente prestado por la voluntad de las partes, constituye, en principio, un requisito “*ad probationem*”, de modo que lo manifestado en el documento contractual prevalece sobre cualquier otro medio probatorio. Por lo demás, en la práctica habitual del sector de gestión naval²⁵¹, existe una propensión generalizada a su formalización por escrito²⁵², dada la complejidad de este contrato, unido a su flexibilidad a la hora de poder elegir qué aspectos de la explotación del buque se van a gestionar, así como describir, por ser bienes muy valiosos, las características del buque o flota objeto de gestión, el carácter duradero de la relación...etc. De este modo la forma escrita va a permitir a los contratantes la posibilidad de reflexionar sobre el contrato a celebrar, no solo por la importante trascendencia

Contratos de comercio en particular. Ed. Bosch, Barcelona, 1959, pp. 71 y ss; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G./DÍAZ MORENO (Coord.) *Lecciones de Derecho Mercantil...*, cit., pp. 381 y ss.

²⁵⁰ ALBADALEJO, M., *Derecho civil. Derecho de las obligaciones* T.II, cit., p. 385; GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *Arrendamiento de buques ...*, cit., p. 353. “La Forma de un contrato es la vía de su expresión externa....El consentimiento es un hecho jurídico pertenencia a la categoría de los denominados internos o espirituales, que se caracterizan porque necesita de un hecho exterior que los exprese o represente Este hecho exterior es la Forma...la Forma es un hecho jurídico con una función expresiva, exteriorizadora y por consiguiente probatoria...”.

²⁵¹ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., “*Arrendamiento de buques...*” cit. p. 207. “*La celebración de un contrato de arrendamiento de buque y, en general, cualquier contrato náutico.. (fletamento) debería analizarse a la luz de inveteradas costumbres y prácticas comerciales del sector naval....*”

²⁵² WILLINGALE M., *ship management*, cit., p.125.

económica del mismo, sino también por el cambio que supone en la estructura de la empresa naviera, que va a delegar una porción de su proceso de negocio a una compañía externa;. Y además aquélla cumple, no solo, la función de determinar el propio contenido del contrato, sino también, facilitar los problemas de naturaleza interpretativa que puedan plantearse durante su ejecución. No hay que olvidar que (art. 1258 CCv) todo contrato obliga no sólo a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Ello implicaría que si se producen lagunas en el mismo éstas deberán satisfacerse mediante el recurso a la integración con las normas socialmente típicas y adecuadas para cumplir su específica función socioeconómica.

III.6. Contrato náutico

Los contratos marítimos relativos al buque y su navegación - tanto la destinada a la explotación del comercio marítimo como la no mercantil-, han sido clasificados por la Doctrina desde muchos puntos de vista y con dispar éxito, destacando dos categorías: *contratos de explotación del buque*²⁵³ y *contratos de utilización del buque*²⁵⁴, ambas denominaciones están formadas por una variada categoría de instituciones contractuales, cuya delimitación es discutida. De hecho parece que el término “explotación” alude más a la perspectiva de los usuarios que van a contratar con el naviero, y el de “utilización” se refiere a las diversas maneras en que el naviero puede

²⁵³GABALDÓN GARCÍA J.L. /RUIZ SOROA J M^a, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., p.449 y ss., MARTÍNEZ JIMÉNEZ M^a ISABEL. *Los contratos de explotación del buque. Especial referencia al fletamento por tiempo*, Barcelona, Bosch 1991, pp. 496; SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, cit., pp. 715 y ss..

²⁵⁴ARROYO MARTINEZ I, *Curso de Derecho Marítimo*, cit., pp. 431; MATILLA ALEGRE, R. *Contratos de utilización del buque. Lecciones*, Bosch Barcelona, mayo 1988,p 166 y ss., URÍA R/APARICIO M.L., *Derecho Mercantil*, cit., pp.1157.

servirse del buque, y que por lo demás es también la utilizada en la legislación proyectada en el PLNM²⁵⁵.

El profesor García-Pita²⁵⁶ propone una nueva calificación denominada “*contratos náuticos*”, con un alcance amplio, en las que se incluirían las modalidades comprendidas en las denominaciones de contratos de explotación del buque y contratos de utilización del buque.

Por su parte, considera que el término náutico puede tener dos acepciones distintas y de alcance más o menos amplio, según se le relacione con la palabra “nao (nave) o se le relacione con la palabra “náutica”²⁵⁷. Si se relaciona con el concepto de nave podremos hablar de contratos náuticos para referirnos a los que de algún modo tienen relación con el buque. Se incluirían en esta acepción los contratos relativos al buque, que en unos, puede constituir el instrumento material de ejecución del contrato, mientras que en

²⁵⁵Ver: www.congreso.es PLNM: Título IV De los contratos de utilización del buque, y Título V De los contratos auxiliares de la navegación.

²⁵⁶GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *Arrendamientos de buques...*, cit., pp. 81 y ss. “**Los contratos náuticos** forma una categoría jurídica heterogénea en sus componentes...La denominación –y la propia noción- de contratos náuticos me parece preferible a las de contratos de explotación del buque o contratos de utilización del buque, ya que el contrato de explotación, eventualmente podría dejar fuera alguna modalidad contractual que no parece constitutiva, directamente de un acto de explotación en sentido estricto...Por otra parte con la expresión que propongo podrían incluirse modalidades contractuales que tampoco parece que puedan considerarse “actos de (mera) utilización” del buque.

Ahora bien, el término náutico puede tener dos acepciones distintas y de alcance más o menos amplio, según se le relacione con la palabra “nao (nave) o se le relacione con la palabra “náutica”. Si se relaciona con el concepto de nave podemos hablar de contratos náuticos relativos a la nave a los que de algún modo tienen relación con el buque, quedando por determinar en qué consista esa relación ya que la misma puede ser tan diversa como que en unos el Buque puede constituir el instrumento material de ejecución del contrato, mientras que otros puede constituir el objeto del propio contrato.....Pero también podemos emplear el término “ náutico” para vincularlo con el sustantivo “ náutica”, es decir la ciencia o arte de navegar, siendo náutico, todo aquello perteneciente o relativo a la náutica, en cuyo caso tendríamos que circunscribir el ámbito material del concepto para abarcar aquellos contratos que, en su contenido o en sus efectos jurídicos, comportasen la navegación del buque. Nos hallaríamos ante supuestos en los que la navegación del buque tiene lugar como resultado o consecuencia de la existencia de una previa relación jurídica contractual, por cuya virtud el poseedor del buque lo hace navegar para otros o bien – alternativamente- lo pongo a disposición de otros para que lo hagan navegar. En este sentido, creo que hablar de contratos náuticos... se hallan comprendidos dentro de la noción de “-contratos especiales del Comercio Marítimo- ” que utiliza el Código de Comercio....”.

²⁵⁷GARCIA-PITA Y LASTRES J.L., *Arrendamientos de buques...*, cit. p. 89.

otros, puede constituir el objeto del propio contrato²⁵⁸. Desde esta perspectiva, existe contratos náuticos en los que la presencia o existencia material del buque constituye el objeto o el presupuesto del contrato, tales como: la compraventa de buque, contratos de carga y descarga, contratos de construcción o reparación; hipoteca naval, seguros marítimos. Como puede observarse estos contratos, no son propiamente actos de explotación, ni de utilización.

Pero, también se puede emplear el término “náutico”²⁵⁹, para vincularlo con el sustantivo *náutica*²⁶⁰, es decir: la ciencia o arte de navegar; siendo por tanto lo náutico todo aquel perteneciente o relativo a la náutica o la navegación, de modo que el ámbito material del concepto pueda abarcar aquellos contratos que, en su contenido o en sus efectos jurídicos, comportasen la navegación del buque. Nos encontraríamos entonces ante supuestos en que la navegación del buque tiene lugar como resultado o consecuencia de la existencia de una previa relación jurídica contractual, por cuya virtud el poseedor de buque lo hace navegar para otros, o bien, lo pone a disposición de otros, para que lo hagan navegar²⁶¹. De modo que lo verdaderamente relevante es que todos tendrían en común que su régimen jurídico está esencialmente afectado y predeterminado por el fenómeno nautico²⁶².

Pues bien, al responder la categoría de *contratos náuticos*, a un concepto tan amplio, como el propuesto por el profesor García-Pita, entendemos que no debería ofrecer dudas clasificar el *contrato de gestión de buques* como un contrato náutico perteneciente al ámbito del Derecho

²⁵⁸ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *Arrendamientos de buques...*, cit., p. 89.

²⁵⁹ Vid. voces www.rae.es, Diccionario de la Real Academia de la lengua española; *náutica*: Ciencia o arte de navegar; *náutico*: Perteneciente o relativo a la navegación.

²⁶⁰ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L. *Arrendamientos de buques...*, cit., p. 90.

²⁶¹ ARROYO MARTINEZ, I. *Curso de Derecho Marítimo...*, cit. p.417 “... El buque, objeto central del Derecho marítimo, nace y vive para navegar”.

²⁶² GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L. “*Arrendamientos de buques...*, cit., p. 91.

marítimo²⁶³, es decir un contrato cuya régimen viene determinado por su vinculación con ambas acepciones, -nao y náutica-, ya que se trata de un contrato de prestación de servicios al buque para hacerlo navegar y explotarlo comercialmente:

Desde un punto de vista objetivo, nos estamos refiriendo a un buque de navegación marítima. Por lo que hace a la perspectiva causal, ya hemos señalado las especiales funciones económicas del contrato de gestión de buques, como instrumento dirigido a la prestación de servicios al buque para facilitar la navegación empresarial, concibiéndose como la externalización de la administración y gestión naviera del buque para mejorar su competitividad en un mercado tan globalizado como es el transporte marítimo. Por lo que hace a las circunstancias subjetivas, el *gestor* puede ser calificado, no como naviero, pero sí como verdadero operador del buque, que en nombre y por cuenta del naviero, lleva a cabo la explotación del mismo²⁶⁴. Y por último, por lo que se refiere a los efectos obligacionales en relación con las particularidades del Derecho marítimo, el *gestor* al asumir la administración y gestión del buque – aunque sea en nombre y por cuenta del naviero –, debe necesariamente velar por la seguridad y navegabilidad del buque observando escrupulosamente todas las normas nacionales y Convenios internacionales relativos a la seguridad del buque, de la navegación y prevención del medio marino, como hemos dejado reseñado al explicar el contenido de las distintas funciones que ha de realizar el gestor al llevar a cabo la explotación del buque²⁶⁵.

²⁶³GABALDÓN GARCÍA J.L. / RUIZ SOROA J. M^a, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit. p 472 y ss.

²⁶⁴GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *Arrendamientos de buques...*, cit., p. 97.

²⁶⁵Ver cita.... SOLAS/SEVIMAR 74/78, (*International Convention for the Safety of life at sea*) MARPOL 73/78, convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los buques; Convenio STCW 78/95/2010, Convenio Internacional sobre Normas de Formación, titulación y Guardia para la Gente del Mar; Convenio Internacional sobre el Reglamento Internacional para la Prevención de Abordajes en el Mar (COLREG/ 72); El Convenio Internacional sobre Arqueo de Buques de 1969 (TONNAGE/69); El Convenio Internacional sobre Líneas de Máxima Carga de 1966 (LOAD LINES/66/68).

Por otra parte, podemos decir que el carácter náutico del contrato de gestión de buques, ha sido también apreciado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, sección 1ª) en Sentencia de 27 de junio de 2008²⁶⁶. A los efectos que ahora interesan, en dicha sentencia se reconoce que el buque donde venían prestando sus servicios los trabajadores demandantes, estaba siendo gestionado en todo lo relativo a la operativa y navegación del buque por una empresa de administración y gestión de buques que actuaba en nombre y por cuenta de otra, que era la naviera o armadora. Y que dicha gestión se realizaba mediante un contrato de gestión náutica, es decir mediante un contrato de las características del ahora objeto de estudio, pues lo relevante es que la empresa gestora del buque realice siempre su gestión en nombre y por cuenta del naviero/armador.

III.7. Contrato Principal

El contrato de gestión de buques, es un contrato de carácter principal y no accesorio. Es un negocio jurídico cuya validez no depende de la existencia y validez de otro negocio jurídico distinto o independiente que se relacione con él, en términos de principal o accesorio. Estamos por tanto ante un contrato autónomo, no subordinado a otro que pueda considerarse principal y del cual dependa para su existencia.

En la legislación proyectada el PLNM, lo encuadra dentro de los contratos auxiliares de la navegación, pero el término auxiliar no debe confundir la verdadera naturaleza de la relación que une al *gestor* con el naviero, así como

²⁶⁶Ver sentencia TS (Sala de los Social Sección 1ª) de 27 de junio de 2008, RJ 2008\6533Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 5026/2006. Ponente Sr. José Luis Gilolmo López. Desde el punto de vista laboral de los contratos “*Crew management agreements*” esta sentencia también ha sido comentada por DIAZ DE LA ROSA A, en *Los contratos de gestión de tripulaciones. Crew Management Agreements*, cit., p. 75 y ss.

su verdadero *status* o condición. La doctrina²⁶⁷, cuando se refiere a los contratos auxiliares de la navegación, (*contrato de practica, de carga y descarga, de préstamo a la gruesa, de reparación naval, suministros de combustible, arrendamiento de contenedores, intermediarios del transporte*) al término auxiliar le da un sentido amplio, entendido como sujeto con organización empresarial autónoma a la del naviero que colabora con éste para la consecución de sus fines. Así también el PLNM, es acorde con este discurrir, otorgándole al término auxiliar²⁶⁸ un sentido amplio de colaboración entre empresarios que no son dependientes sino autónomos, colaboración materializada a través de contratos de comisión, agencia, mediación, realización de obra o prestación de servicios. Pero lo más importante, más allá de la terminología que se utilice es que no ofrece duda el carácter independiente de estos auxiliares, entre los que se encuentra el *gestor de buques*.

III.8. Otras características: Bilateral, sinalagmático, conmutativo y oneroso

Entendemos que no plantea problema alguno la calificación de este contrato como bilateral y sinalagmático, toda vez que de él surgen obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes. Se puede observar, que cada una de las partes tiene que efectuar determinadas prestaciones que constituyen el objeto de las obligaciones contractuales que han contraído y que se encuentran recíprocamente interrelacionadas.

²⁶⁷GABALDÓN GARCÍA, J.L./RUIZ SOROA J. M^a, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., p 651 y ss.; SÁNCHEZ CALERO F./SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, cit. p. 730; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (Coord.), *Derecho Mercantil I*, Vol. 2º, cit. pp. 1185 y ss.

²⁶⁸LÓPEZ RUEDA F.C., “De los contratos auxiliares de la navegación”, cit., p.420.

La obligación principal del *gestor* se manifiesta en la prestación de servicios marítimos especializados, cuya concreción dependerá de las opciones acordadas según el contrato de *gestión de buques*, y la del naviero consistirá fundamentalmente en la satisfacción de la remuneración pactada. Se trata, por tanto, de un contrato en el que las prestaciones son ciertas y conocidas desde su celebración. Existe, pues, una relación de equivalencia entre las prestaciones de las partes - *gestión y retribución*-.

Por otra parte el carácter de contrato oneroso²⁶⁹ es indudable al establecerse en el mismo la remuneración y su forma de pago, y el derecho del *gestor* a resolver el contrato en caso de impago de sus honorarios.

²⁶⁹ALBALADEJO M, *Derecho civil. Derecho de las obligaciones* T.II, cit. p.424 Afirma que los contratos bilaterales son siempre onerosos, porque el derecho que cada parte consigue, al obligarse la otra a su favor, lo obtiene sacrificándose al obligarse él, a su vez, a favor de aquélla. Más no todos los contratos onerosos son bilaterales.

CAPÍTULO IV

TIPOS CONTRACTUALES EN LOS QUE PUEDE ENCAJAR EL CONTRATO DE GESTIÓN NAVAL

Llegados a este punto, nos planteamos denominar a este capítulo *distinción del contrato de gestión naval de otras figuras afines*, como es habitual en algunas monografías que tiene por objeto el análisis de un contrato determinado, pero en nuestro estudio, al estar en presencia de un contrato, que en el momento actual, está desprovisto de una normativa específica en nuestro ordenamiento, e incluso ante un contrato de cuya unicidad se podría dudar, nos ha parecido más apropiado el título enunciado, porque nuestro objetivo es ir analizando sus características más relevantes y su posible encaje en las distintas figuras y tipos contractuales más próximos a fin de poder determinar que disposiciones reguladoras son las más adecuadas para regir el contrato de acuerdo con su contenido y espíritu, y así poder determinar su naturaleza jurídica y régimen jurídico aplicable.

IV.1 Figuras subjetivo-funcionales próximas

Examinaremos seguidamente las figuras jurídicas funcionales más próximas al *gestor* del contrato de gestión naval para conocer las distintas analogías y diferencias que puedan resultar de interés para nuestro trabajo.

IV.1.1. Apoderado general o factor

El apoderado general, denominado por el Código de Comercio “factor”, y que puede recibir otras denominaciones como gerente, director general²⁷⁰, es una figura que cuenta con un poder muy amplio para gestionar todo aquello que concierne a la empresa que representa. Cuando el Código de Comercio lo regula esta pensado en un apoderado general de un comerciante

²⁷⁰ VICENT CHULIA F, *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol., I, .cit. p.. 205. Las denominaciones de “Director General” es más común en las sociedades y empresas en forma de persona jurídica, tales como cooperativas, Cajas de Ahorros y otras fundaciones.

persona física²⁷¹. El desarrollo posterior de la economía e industria extiende el concepto de factor a toda clase de empresarios, sean personas físicas o jurídicas, incluso un mismo empresario puede tener más de un factor, dependiendo de las necesidades o amplitud de su negocio.

El factor o apoderado general, está autorizado en principio a realizar todos los actos que conciernen al giro y tráfico de la empresa, disponiendo para ello de un poder general para el ejercicio de tal actividad, que en el supuesto de una sociedad mercantil ha de estar inscrito en el Registro Mercantil²⁷². Su actuación debe ser en nombre y por cuenta del empresario quien será responsable de los actos del factor frente a los terceros, siendo el empresario el único que asume el riesgo empresarial. El factor sustituye al empresario, ya que realiza todas las operaciones necesarias para el normal funcionamiento del negocio, es decir viene a ser su “*alter ego*”²⁷³.

La relación jurídica que vincula al apoderado general o factor con el empresario es una relación de dependencia y subordinación de carácter laboral especial para personal de alta dirección²⁷⁴, que se formaliza en un contrato escrito de acuerdo con la normativa laboral que lo rige, pero también teniendo en cuenta lo dispuesto en el Derecho civil y mercantil sobre el mandato y el factor, sin olvidar que la esencia de la relación ha de estar basada en la

²⁷¹ JUSTE MENCÍA J, “*Factor de comercio, Gerente de empresa, Director General*” (*Estudio Jurídico Mercantil*) Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 2002., p. 233 y ss.

²⁷² SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, cit. p.143. Los poderes del factor (factores) no deben confundirse con los de los administradores de las sociedades mercantiles, que tienen un régimen especial de acuerdo con los arts. 233 a 235 de la L.S.C.

²⁷³ DE ANGULO RODRIGUEZ L/CAMACHO DE LOS RÍOS J, “Los auxiliares del empresario y la representación mercantil” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G/DÍAZ MORENO A. (Coors) *Derecho Mercantil I*, Vol. 1º, cit., p.284; SÁNCHEZ CALERO F, *Principios de Derecho Mercantil*, cit., p. 99.

²⁷⁴ Viene regulada en el Real Decreto de personal de alta dirección, RD nº 1382/1985, ver art. 2 y ss.

reciproca confianza y buena fe, exigiéndosele fidelidad y prohibiéndosele hacer la competencia a su principal, salvo autorización escrita.²⁷⁵

Como hemos señalado las normas del Código de Comercio, están indudablemente ideadas para que el factor sea una persona física²⁷⁶, así las características peculiares de subordinación y dependencia, reproducidas posteriormente en las normas laborales, casan mal con la asunción de estos puestos por una persona no física. Aunque, si bien, no existe norma alguna que impida que los cargos gerenciales de una empresa puedan ser asumidos por una persona jurídica, es preciso reconocer que el codificador cuando regular la figura del “Factor”, parte claramente de la actuación en el tráfico de persona física al frente del establecimiento a la que se le exige capacidad para obligarse conforme al código²⁷⁷.

De lo dicho entendemos que el *gestor*, no puede ser considerado un factor o apoderado porque la relación jurídica que mantienen con el naviero, es independiente. El *gestor* es un empresario con su propia estructura empresarial que no puede estar vinculado con el naviero por una relación laboral de dependencia y subordinación, porque además su razón de ser, es precisamente que el naviero desea externalizar²⁷⁸ la gestión de su empresa naviera, para lo que contrata con otra compañía que le proporcione unos servicios de gestión marítimos, que han de ser competitivos precisamente por su independencia y especialización, además no es requisito indispensable que

²⁷⁵ Ha de tenerse en cuenta que para regular las relaciones de trabajo las únicas normas eran las del CCo y las del Arrendamiento Servicios, no existía el Derecho Laboral. En España la primera legislación laboral surgió, entre los años 1919 y 1931 en los se dictó una legislación obrera importante y se promulgaron los primeros código de Derecho del trabajo, que fue considerado a partir de entonces como una disciplina autónoma.

²⁷⁶ JUSTE MENCÍA J, “*Factor de comercio, Gerente de empresa, Director General*” .cit. p. 234 y ss.

²⁷⁷ BROSETA PONT M./, MARTÍNEZ SANZ F., *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, cit. p.120.

²⁷⁸ PÉREZ MORIONES A, “El contrato de gestión hotelera” cit., p. 81 y ss. La autora hace referencia al término análogo en inglés “*outsourcing*” como la exteriorización de alguna/s actividades de una empresa. El empresario opta por buscar satisfacción en el mercado de determinadas funciones de su empresa, no solo por razones estrictamente económicas sino también porque su complejidad requieren expertos en la materia, a fin de adoptar decisiones con un mayor grado de objetividad.

el *gestor* lleve la gestión integral del buque o buques del naviero, diferencia esencial con el factor, que necesariamente ha de disponer de un poder general que integre la totalidad de los actos y contratos del tráfico de la empresa, sin limitación de sus facultades so pena de perder su carácter²⁷⁹.

IV.1.2. Naviero-gestor

Quizás la figura más próxima, al “*gestor*”, del contrato de “*gestión naval*”, sea el naviero-gestor que se refiere nuestro vigente Código de Comercio de 1885, que introdujo esta figura, y que estaba ausente en el Código de Sainz de Andino.

Nuestra doctrina ha centrado su atención en unos pocos preceptos del Código, para tratar de definir al naviero – el art. 586 y los relativos al naviero-gestor –pero cuando el Código, pretende definir al naviero, no lo hace, sino que define al consignatario de buques (art. 586) y cuando logra, más o menos, ofrecer una definición adecuada de lo que sería un naviero, resulta que a quien pretende definir no es al naviero sino al naviero-gestor.

En este sentido autorizada doctrina²⁸⁰ a la luz del texto del artículo 595: “*El naviero, ya sea al mismo tiempo propietario del buque, o ya gestor de un propietario o de una asociación de copropietarios, deberá tener aptitud para comerciar y hallarse inscrito en la matrícula de comerciantes de la provincia*, estima que el Código no solo, está reconociendo como naviero al propietario, al naviero representante de un propietario, sino que además deja la puerta abierta para otro tercer personaje el naviero/empresario no

²⁷⁹ SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol., I, cit., p. 143.

²⁸⁰ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *El naviero, su régimen, y su responsabilidad*, cit., p.30.

propietario²⁸¹. Y se basa para ello, en que el Código no considera, que ni la propiedad, ni la representación de la propiedad, incluso aunque está presente en una estructura colectiva/asociativa constituyen fundamento suficiente para ser naviero – es decir: para ejercer el comercio marítimo- si no se posee la capacidad suficiente, y no se procede a la correspondiente inscripción registral²⁸².

Según otra una interpretación muy extendida, la noción de naviero del Código, está centrada en la explotación comercial del buque²⁸³; naviero es, o el propietario de la nave que la explota directamente, o un naviero-gestor del propietario (normalmente de un propietario que no tenía capacidad para el comercio), o de una comunidad de propietarios. Valoran que el Código por la situación histórica de la época de su entrada en vigor no contempla la figura del naviero/empresario no propietario²⁸⁴.

Es decir, según esta última interpretación, el naviero²⁸⁵ es la persona que ejerce directamente y en nombre propio la explotación comercial del buque²⁸⁶, unas veces, por cuenta propia, y otras, cuando sea un naviero-gestor, por cuenta del propietario o copropietarios, con las facultades necesarias al

²⁸¹GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., “*El naviero, su régimen, y su responsabilidad*, cit., p. 28. El autor considera: que el Derecho positivo, e incluso la doctrina maritimista y mercantilista han mostrado una peligrosa y acusada propensión a identificar/confundir/fusionar los títulos jurídicos, que facultaban para poseer el buque y explotarlo, con la propia actividad de explotación del buque, y – por consiguiente- la propia condición de explotador del mismo; propensión “*perversa*” que –por el contrario- supo eludir el Derecho mercantil terrestre, que siempre fue consciente de la distinción entre propietario de los instrumentos de producción y comerciante o empresario.

²⁸²Vid.art. 1 CCo. Que reputa comerciantes a los que “*teniendo capacidad para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente*”.

²⁸³MATILLA ALEGRE, R., *El Naviero y sus auxiliares, el buque*, cit., pp. 20 y ss.

²⁸⁴GABALDÓN GARCÍA, J.L. /RUIZ SOROA, J. M^a, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., .p.313. Para estos autores encajaría la figura del empresario de la navegación , que definen como: “*naviero que explota el buque en forma profesional y organizada para la obtención de una ganancia económica*”, en la idea del Derecho de la navegación como disciplina autónoma.

²⁸⁵SÁNCHEZ CALERO F./SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, cit., pp. 685 y ss.

²⁸⁶RUBIO JESÚS, “Sobre el concepto de Naviero en el Código de Comercio”, *Revista de la Facultad de Derecho* núm.1, Madrid 1940, p. 30.

efecto²⁸⁷, como resulta de los preceptos del código y de otras normas varias en que se le atribuyen facultades más concretas y precisas.²⁸⁸

Desde luego, la introducción por el Código de 1885 de un concepto nuevo -el del naviero-gestor- agravó el problema de delimitar el concepto de naviero²⁸⁹. Los artículos 594 y siguientes del Código de Comercio, se ocupan del naviero-gestor, y probablemente de acuerdo con la época de su elaboración y por ser la problemática más común en aquel entonces²⁹⁰, se ocupó de regular la figura del naviero gestor de una comunidad de propietarios, descuidándose de regular la del naviero-gestor de un propietario individual, persona física o jurídica²⁹¹; aunque prestigiosa doctrina²⁹² considera que debido a la evidente simetría entre el régimen de responsabilidad y facultades del propietario-empresario individual y copropietarios, se ha de pasar por alto las diferencias de expresión del Código de Comercio, máxime en una redacción escasamente técnica y sistemática, y constatar que el naviero-gestor puede ser tanto de un propietario individual (ver art. 595 y 598) como de un condominio²⁹³.

Sin embargo, hoy en día, ocurre todo lo contrario, el condominio naval es una figura más bien escasa o casi inexistente en el ámbito de la navegación comercial de transporte marítimo, que ha sido sustituida por personas jurídicas con personalidad jurídica propia, como las Sociedades Anónimas o de

²⁸⁷ DUQUE DOMÍNGUEZ JUSTINO F, “Notas sobre la publicidad del naviero” ,*RDM* 1970, p.175 y ss.

²⁸⁸ Ver art. 597, y 609 y ss. “Elegir y ajustar el capitán y la tripulación, contratar las reparaciones, provisiones, víveres, combustibles, y fletes del buque...”.

²⁸⁹ RUIZ SOROA J. M^a, *Manual de Derecho Marítimo: El buque, el naviero*, cit., p. 90.

²⁹⁰ URÍA R, “Entorno a la reforma de la legislación marítima”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid 1971, T.I p.431.

²⁹¹ GABALDÓN GARCÍA J.L./RUIZ SOROA J. M^a, *Manual de derecho de la Navegación Marítima*, cit., p.309.

²⁹² VICENT CHULIÁ F, “Naviero, propietario del buque y empresario de la navegación y del transporte en el Código de Comercio Español”, cit., p. 587.

²⁹³ RUBIO JESÚS, “Sobre el concepto de naviero en el Código de Comercio”, cit. pp. 33 y ss. El autor también considera que la figura del naviero-gestor regulada en el Código de Comercio, se remite tanto a un condominio de buques como a un propietario individual.

Responsabilidad Limitada, figuras comúnmente utilizadas por las compañías navieras para la explotación comercial de un buque.

Las compañías navieras, como hemos señalado anteriormente, para atender al crecimiento exigido por las condiciones técnicas del tráfico marítimo contemporáneo – grandes unidades, especialización del tráfico, complementación de las instalaciones puramente marítimas con otras terrestres, tendencias a la concentración para luchar eficazmente en el mercado- están recurriendo en la actualidad a esta nueva figura empresarial, “*la empresa de gestión de buques o shipmanagement*” objeto del presente estudio, que como hemos avanzado, resulta ser un empresario independiente que se dedica a la gestión de la explotación y navegación de buques ajenos, que aunque presenta similitudes con el naviero-gestor del Código de Comercio, no se identifica plenamente con él, como exponemos seguidamente.

El naviero-gestor del Código, es un comisionista especial, que posee capacidad legal para actuar en nombre propio²⁹⁴ aunque lo haga siempre por cuenta de un propietario individual o de un condominio²⁹⁵. Sin embargo el moderno “*gestor*” del contrato de gestión de buques ha de actuar siempre por cuenta y en nombre del naviero, según se establece en las cláusulas del contrato, no pudiendo utilizar el buque en nombre propio.

Al naviero-gestor del Código, se le reconoce el carácter de comerciante que puede ejercer el comercio marítimo en su propio nombre y bajo su responsabilidad, por lo que ha de tener capacidad para comerciar e inscribirse en el registro mercantil. Por lo que respecta al “*gestor*”, es un empresario

²⁹⁴Vid. Art. 592.2 C de c “*El naviero representará a la propiedad del buque y podrá, en nombre propio y con tal carácter, gestionar judicial y extrajudicialmente cuanto interese al comercio*”.

²⁹⁵ARROYO MARTINEZ I, “Personal colaborador del empresario de la navegación” en MENÉNDEZ A/ROJO A. (Dirs), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, cit. p.602.

cuya actividad es prestar servicios marítimos a un naviero, sin posibilidad de que pueda ostentar la cualidad de naviero ya que ha de actuar siempre en nombre y por cuenta de aquél, a diferencia del naviero-gestor del Código que sí puede serlo.

En cuanto a su nombramiento y revocación, si nos referimos al condominio, ha de realizarse por la voluntad mayoritaria de los condóminos, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros como consecuencia de los contratos celebrados por el naviero-gestor. Por otra parte el naviero-gestor puede renunciar a su cargo en cualquier momento, pero ha de hacerse responsable de todos los daños que por ello sobrevengan a sus principales²⁹⁶.

En los formularios – como el SHIPMAN 2009-, el naviero y el *gestor*, fijan de común acuerdo un periodo inicial mínimo de duración, transcurrido el cual el contrato pasa a ser de duración indefinida, hasta que cualquiera de las partes desee darlo por concluido con un preaviso que surtirá efectos transcurridos dos meses.

En cuanto a la gestión y representación de ambas figuras, hay que distinguir entre el ámbito interno de las facultades de gestión y el externo del poder de representación²⁹⁷.

En la relación interna, el naviero-gestor está sometido a la voluntad de su comitente o a la mayoría en caso de condominio, quedando sus facultades de gestión delimitadas en el acta de nombramiento o mediante otra forma de comunicación. Sin embargo, si las facultades no han sido plasmadas de forma expresa, y nos atenemos a lo dispuesto en el Código de Comercio, observamos que se faculta directamente al naviero-gestor para representar

²⁹⁶PADILLA GONZÁLEZ R, “Auxiliares del empresario de la navegación”, cit., p.1127.

²⁹⁷GABALDÓN GARCÍA J.L./ RUIZ SOROA J.Mª, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima.*, cit., p. 310.

judicial, y extrajudicialmente a la propiedad del buque y para gestionar, en nombre propio y con tal carácter, cuanto interesa al comercio (art.595), así el naviero-gestor esta facultado para abandonar el buque (art.587 C de c), liquidar la responsabilidad nacida de abordaje (art. 826 y 837 C de c) indemnizar al capitán por sus desembolsos (art. 602), ajustar o despedir la dotación (art. 603 y ss) etc. Pero todas estas amplias facultades se limitan a un periodo muy corto de tiempo es decir un solo viaje²⁹⁸ (art. 598 C de c).

Por su parte el “*gestor*”, tiene sus facultades expresamente delimitadas en el contrato, no pudiendo desempeñar ninguna función que no esté claramente estipulada en el convenio, es decir, el *gestor* está sujeto a los términos y condiciones pactados. Según lo estipulado el *gestor* puede llevar la gestión integral del buque o una o algunas de las funciones allí previstas. Y en cualquiera de las opciones elegidas, las funciones las ejercerá durante toda la vigencia del contrato. Por consiguiente las facultades del *gestor* pueden ser mucho más restringidas en su contenido, según cada supuesto concreto, pero normalmente más amplias en cuanto a su duración.

Por lo que respecta a la relación externa, el poder de representación del naviero-gestor será el que, en cada caso, le sea atribuido por los propietarios, pero como sucede con el Capitán o con los factores, tiene un contenido mínimo inderogable establecido por ley. En efecto, sea cual sean las facultades internas que le hayan sido conferidas, los propietarios quedan directamente obligados frente a terceros por los contratos celebrados por el naviero-gestor en nombre de aquellos que sean relativos a reparaciones, pormenor de la dotación, armamento, provisiones de víveres y combustibles y fletes del buque, y, en general, a cuanto concierna a las necesidades de la navegación.

²⁹⁸URIA R/APARICIO M^a L, *Derecho Mercantil*, cit., p.1143.

Por lo que se refiere al “*gestor*”, su poder de representación del naviero se limitará única y exclusivamente a las facultades expresamente otorgadas en el contrato de gestión de buques, no existiendo por tanto ninguna facultad inherente al desempeño de sus funciones más que las expresamente pactadas.

Otra característica sustancial del naviero-gestor consiste en que el propietario o copropietarios del buque quedan directamente obligados ante los terceros contratantes, aun cuando haya actuado en nombre propio²⁹⁹, de modo que los terceros tienen acción directa, no solo contra el naviero-gestor, sino también contra los comitentes³⁰⁰. La responsabilidad de los propietarios, según destacada doctrina³⁰¹, debe ir más lejos y extenderse a los casos de extralimitación de poderes del naviero-gestor, sin perjuicio de la acción del propietario contra éste. Se fundamenta dicha tesis principalmente: primero, en el supuesto de la contratación del seguro sin autorización del artículo 598 del Código de comercio, en el que se reconoce la validez del contrato de seguro a todos los efectos; y segundo: en la finalidad de dejar mejor protegidos a los terceros, como es común en muchas instituciones mercantiles representativas, tales como los poderes del factor, el apoderado de la sociedad colectiva...etc.

Respecto de este punto, en el formulario de BIMCO³⁰², se especifica claramente que el *gestor* ha de contratar en nombre y por cuenta del naviero, es decir: cuando contrata ha de hacer constar que lo hace en representación de su principal dejándolo perfectamente identificado en el contrato. De esta

²⁹⁹VICENT CHULIA F, “Naviero, propietario del buque y empresario de la navegación y del transporte” en el Código de Comercio Español” cit., p. 598.

³⁰⁰Vid. Existe una diferencia importante con respecto al régimen del comisionista o mandatario ordinarios del C de c (art. 246) y del CCo (art.1717), en el que el único obligado es el comisionista o mandatario que actúa en nombre propio y no sus principales.

³⁰¹ GALBANDÓN GARCÍA J.L./RUIZ SOROA, J.Mª *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., p. 312.

³⁰² Vid. www.Bimco.org, Póliza Shipman 2009, cláusula 3 Authority of the Managers.

forma el contrato produce efectos directos entre el tercero y el naviero, quedando el *gestor* fuera de la relación contractual y sus vicisitudes.

En este aspecto la legislación proyectada del PLGNM, al igual que en el derecho de los formularios, presume que el *gestor* actúe siguiendo el esquema de representación directa, manifestando su condición de mandatario del naviero, haciendo constar la identidad y domicilio de éste último en cuantos contratos celebre.

Pero, a diferencia del derecho de los formularios, regula las consecuencias de que el *gestor* pueda actuar mediante representación indirecta, es decir en caso de que contrate en nombre propio con los terceros sin desvelar la identidad del naviero, se prevé que el gestor será solidariamente responsable con el naviero de las obligaciones asumidas por cuenta de éste. De lo que se deriva que el *gestor*, no solo queda vinculado directamente con los terceros como si el negocio fuera suyo al igual que el comisionista del contrato de comisión del Código de Comercio (art.246), sino que va más allá, porque concede a los terceros, en aras de una mayor protección, la posibilidad de dirigirse indistintamente contra el naviero o/y el *gestor* al ser la responsabilidad de uno y otro de carácter solidario, es decir una responsabilidad semejante a la que rige la actuación, en nombre propio, de un factor o apoderado general conforme a lo dispuesto en el art. 287 del Código de comercio³⁰³.

Señalemos, que por lo que se refiere a la limitación de la responsabilidad del *gestor*, la especialidad del Derecho de la navegación está también presente, así en el *-Convenio sobre limitación de la Responsabilidad*

³⁰³LÓPEZ RUEDA F, “ De los contratos auxiliares de la navegación” cit., p. 431.

*nacida de Reclamaciones de Derecho Marítimo de 1976 (LLMC/76)*³⁰⁴ – se les reconoce a ambas figuras –“naviero-gestor” y “gestor o manager” – como sujetos titulares del derecho a limitar. De este modo, están legitimados para invocar el derecho a limitar los propietarios de buques (shipowners), incluyendo en tal concepto al propietario en sentido estricto y también al “fletador, al gestor naval y al armador de un buque de navegación marítima (charter, *manager* y *operador* según el texto inglés) Son así titulares³⁰⁵ del derecho tanto el propietario (titular dominical y, en su caso, registral del buque), sea o no naviero, cuanto el naviero no propietario, el *gestor del naviero*, e incluso el fletador (sea por viaje o por tiempo).

Así mismo, también están facultadas para invocar el derecho de limitación las personas de cuyas acciones, omisiones, o negligencia sean responsables, el naviero o el *gestor del naviero*, incluyendo en esta generosa formulación a cualquier persona de cuyos actos y a tenor de la Ley aplicable, puedan ser aquéllos tenidos por responsables frente a terceros.

Pero el citado derecho de limitación de responsabilidad³⁰⁶ de los sujetos aludidos, no se refiere a cualquier clase de obligación o responsabilidades, sino solamente a aquellas obligaciones denominadas

³⁰⁴Ver art. 1 del Convenio Internacional sobre limitación de la responsabilidad por créditos marítimos (Londres 19 noviembre de 1976 LLMC/76, BOE nº 130 de 27 de diciembre de 1986) en el que se incluye al “*operador del buque, término que también se utiliza como sinónimo de manager o shipmanager*”. Este Convenio ha ampliado el conjunto de beneficiarios del Derecho a Limitar con respecto a los contemplados en el Convenio de Limitación de Responsabilidad de 1957 (CLR/57) añadiendo al asegurador y al salvador. Otro Convenio internacional que se hace eco de la figura del “*shipmanager o manager*” es el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos 1992 (CLC/92, BOE Nº 225, 20 de septiembre de 1995) art. 3.

³⁰⁵ RODRIGUEZ CARRIÓN J.L., “Responsabilidad del naviero y sus limitaciones: Cuestiones actuales”, II Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián, Donostia, 1994, p. 131.

³⁰⁶Sobre el derecho a limitar la responsabilidad establecida en los Convenios internacionales *Vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “ La introducción en España del Convenio de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho marítimo” *RDM*, nº 125, 1995; GARCÍA PITA Y LASTRES “ Vigencia de los Convenios Internacionales sobre limitación de la responsabilidad civil de los navieros y propietarios de buques, coexistencia de sus disposiciones con el régimen del Código de Comercio” Cuadernos de Derecho Pesquero nº 1, A Coruña 2000 pp. 185 a 262.

“*maritime claims*”, las cuales se definen de acuerdo con criterios de índole predominantemente “real” o “local”: comprenden daños³⁰⁷ a personas o cosas, y se señala que esas personas o cosas han de hallarse a bordo del buque, o bien fuera de él, pero derivado los daños y perjuicios indemnizables de la explotación del buque³⁰⁸.

Hay que tener en cuenta que este derecho a limitar la responsabilidad es susceptible de “perdida”, pero solo se perderá tal beneficio en aquellos supuestos que se pruebe, que los titulares del derecho³⁰⁹ han actuado “personalmente”³¹⁰, bien sea por acción u omisión, con un comportamiento doloso³¹¹, ya sea de dolo directo o dolo eventual³¹², por tanto su prueba resultara tan compleja que en la práctica el derecho de limitación va ser muy difícil de romper.

³⁰⁷ RUIZ SOROA J. M^a, “La responsabilidad por daños y su limitación en el derecho marítimo”, VI Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián 1998, Victoria, Gobierno Vasco 1998, pp. 11-30.

³⁰⁸ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *El naviero, su régimen y responsabilidad*, cit., p. 73. El Convenio se aplica a los buques de “navegación marítima”. Tanto España como Francia, han optado por considerar que una vez cumplida la condición del carácter “marítimo” del buque, el mismo queda acogido al beneficio de la responsabilidad limitada, sea cual sea la actividad a la que se dedique: transporte, investigación, pesca, o –incluso– deporte y recreo.

³⁰⁹ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *La limitación de la responsabilidad civil del naviero*, cit., pp., 225 y ss. Como ya hemos mencionado el autor realiza un brillante y exhaustivo trabajo sobre la limitación de la responsabilidad del naviero, teniendo en cuenta la complejidad de la estructura organizativa de la moderna sociedad naviera, que comporta una gran dificultad para dilucidar los poderes y determinar e imputar responsabilidades.

³¹⁰ GABALDÓN GARCÍA J.L./ RUIZ SOROA, J. M^a, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., p. 775. La complejidad de la estructura organizativa de la moderna sociedad naviera diluye poderes y responsabilidades, enturbiando las dudas respecto de a quién han de ser imputadas estas últimas. En el derecho anglosajón es clásica la doctrina del “*alter ego*”. En su virtud, la “*fault or privity*” de una compañía se produce por la de aquellas personas cuyas acciones son “*the very action of the company itself*,” debiendo entenderse por tales quienes tienen el control y la dirección y encarnan la voluntad de la compañía (*ejp. Director gerente, o el responsable del departamento de tráfico como en el caso “Lady Gwendolen”*). En el derecho español, en principio corresponde la responsabilidad a los administradores que ostentan la representación orgánica de la Sociedad, pero también puede extenderse respecto de actos de todo sujeto suficientemente apoderado para adoptar las decisiones relativas a la seguridad y navegabilidad del buque (*el DP del CGS*).

³¹¹ Ver art. 4 de LLMC/76 que dice: Conducta que acarrea la pérdida del beneficio de la limitación: “La persona responsable no tendrá derecho a limitar su responsabilidad si se prueba que el perjuicio ocasionado por una acción u omisión suyas y que incurrió en éstas con intención de causar ese perjuicio o bien temerariamente y sabiendas de que probablemente se originaría tal perjuicio”.

³¹² Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO G, “La limitación internacional de la responsabilidad del naviero y la responsabilidad civil ex delicto” Estudios Menéndez II ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 407 y ss.

A nuestro modo de ver, un supuesto en el que el naviero o el *gestor* podrían perder el beneficio de la limitación, sería aquel en el que el *gestor* asume la función técnica, y conforme al Código IGS pasa a ser la “compañía” que designa la persona *-PD-* en tierra directamente ligada a la dirección. En este supuesto, si se admite que la conducta de la persona designada, es una conducta “personal” del naviero³¹³, será preciso considerar que: por un lado, debe cumplimentarse y mantenerse un SGS³¹⁴, y por otro, se exige que todos los defectos que afecten a la seguridad del buque deben ser informados hacia arriba en la empresa naviera dentro de la cadena de mando. En su consecuencia, si el *gestor* ha mantenido perfectamente informado al naviero de cualquier defecto del SGS, y éste no ha tomado las medidas reparadoras oportunas, produciéndose el accidente por causa de dichos defectos, podría concluirse que el naviero habría incurrido en dolo eventual y por tanto perdido su derecho a limitar.

Incluso, podría llegarse a igual conclusión, si el accidente se produce como consecuencia de graves defectos en el SGS, ya que según el Código es obligación del naviero tener plena comunicación con el *gestor* en todo lo referente al SGS.

En definitiva, a partir de la aplicación del Código IGS³¹⁵, la conducta del naviero y de su *gestor* en relación al funcionamiento de los sistemas de seguridad serán examinados con gran rigurosidad a fin de que los Tribunales fallen a favor de mantener el derecho a limitar su responsabilidad.

En virtud de todo lo expuesto, a nuestra opinión, los preceptos que regulan esta figura pudieran en algunos casos aplicarse analógicamente para

³¹³ALCÁNTARA J. M^a., “El Código ISM y sus implicaciones en el Derecho Marítimo Privado”, cit., p.87.

³¹⁴SGS: *Sistema de Gestión Segura o SMS : Safety Management System.*

³¹⁵Código IGS: Código Internacional de Gestión de la Seguridad.

integrar la voluntad de las partes en aquellos aspectos en que exista suficiente identidad de razón entre el *gestor* del contrato gestión de buques y el naviero-gestor del Código de Comercio. Ahora bien, debido a las importantes diferencias de hecho que existen entre ambos, los preceptos del Código de comercio reguladores del naviero-gestor resultan a todas luces insuficientes, y algunos de ellos inaplicables, por lo que tendremos que acudir a otras a figuras jurídicas, según los supuestos de hecho, para resolver los conflictos que puedan plantearse en la ejecución del contrato de gestión naval.

IV.2 Figuras objetivo contractuales próximas

Los contratos que van a ser objeto de atención, presentan diferencias con respecto al contrato objeto de estudio, no obstante, entre otros aspectos, tienen en común que son contratos de prestación de servicios en interés ajeno que sirven de cauce para lograr la colaboración entre empresarios. Pues, como ya tuvimos ocasión de señalar, desde siempre el empresario se ha visto en la necesidad de rodearse de otras personas que le auxilien en su labor. Algunas, como hemos visto, dependientes o empleados suyos, y otras - las que ahora interesan- colaboradores autónomos, que a su vez son empresarios por sí mismos, que se dedican habitualmente a colocar su organización al servicio de otros empresarios³¹⁶. En el estudio de estos diversos contratos, analizaremos las distintas modalidades en que puede desenvolverse el contrato de gestión naval intentaremos ir analizando, los diversos servicios encomendados, los diferentes grados de sumisión a las instrucciones del principal, los distintos tipos de colaboración, en aras de poder identificar los que puedan estar más próximos a las distintas modalidades en que puede desenvolverse el contrato de gestión naval, y por tanto a su naturaleza jurídica.

³¹⁶BROSETA PONT M/MARTÍNEZ SANZ F, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol., cit., p.123; DE ANGULO RODRIGUEZ L/CAMACHO DE LOS RÍOS J, "Los auxiliares del empresario y la representación mercantil", cit., p. 289.

IV.2.1. Gestión técnica/náutica como contrato de arrendamiento mercantil de servicios

IV.2.1.1. La externalización de funciones (“outsourcing”) como factor dinamizador de los contratos de arrendamiento mercantil de servicios

La creciente especialización que caracteriza los modernos sistemas económicos explica la importancia de las prestaciones de actividad realizadas en interés ajeno, ante la imposibilidad de que, en el desarrollo de los negocios, una persona realice, por sí misma, la totalidad de las operaciones que constituyen el giro o tráfico de su empresa. Todo ello ha dado lugar una vastísima gama de figuras calificadas como de “servicios” en sentido amplio, que van más allá de las prestaciones de gestión, para abarcar otras actividades materiales, intelectuales y técnicas.

Dentro de este margen tan extenso, y como fruto de la complejidad de tareas que conlleva el desarrollo de cualquier actividad empresarial han surgido los llamados contratos de externalización (*outsourcing*) que consisten en que una serie de funciones necesarias para la actividad empresarial se encomiendan a empresas externas especializadas en tales funciones, esperando con ello que éstas las realicen mucho mejor y al mismo tiempo evitan la necesidad de crear un departamento interno especializado en la empresa que le supondría un coste y una inversión desproporcionadas³¹⁷. Resulta destacable la consideración jurisprudencial del fenómeno³¹⁸, en un primer momento la

³¹⁷ESPINO RODRIGUEZ T. F., “El *outsourcing* y su influencia en los objetivos de la estrategia de operaciones. Una aplicación empírica”, en *Cuadernos de Gestión*, Vol., nº 1 y nº 2 (año 2003), pp. 83-99.

³¹⁸STSJ Cataluña de 31 de enero de 2006 y SAP de Madrid de 7 de junio de 2004.....”*El denominado outsourcing se trata de un mecanismo de externalización de ciertos cometidos o áreas funcionales que una empresa precisa llevar a cabo mediante la que se contrata a un tercero para que realice un trabajo en el que está especializado, con los objetivos de reducir costos y evitar la adquisición de una infraestructura propia que le permita la correcta ejecución de esos cometidos....*”.

jurisprudencia se limitó a reconocer la licitud de la técnica de externalización³¹⁹, y aunque no se le puede identificar con un tipo contractual concreto, sin embargo existe una tendencia a considerar el arrendamiento de servicios como forma contractual más adecuada para la instrumentación jurídica de la externalización³²⁰.

Algunos autores³²¹ encuadran este tipo de contratos en el arrendamiento de servicios, teniendo en cuenta que básicamente se trata de prestar unos servicios concretos a la empresa, sin perjuicio que, en cada caso el objeto concreto de la externalización puede modalizar la forma de la relación negocial, ya que muchas veces a lado de las prestaciones propias de los contratos de servicios suelen combinarse con prestaciones propias de otros contratos (suministro, contrato de obra por empresa, mandato o comisión etc.) hasta tal punto de que los límites entre ellos resultan difusos, y no es fácil de situar, en términos generales, a un determinado contrato, en una de esas categorías, con exclusión de las demás.

Tal y como hemos avanzado, el contrato de gestión de buques no deja de ser sino una externalización de las distintas funciones que comprende la

³¹⁹STS 27 de octubre de 1994 “*El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva... La denominada descentralización productiva es lícita...*” en el mismo sentido la STS de 17 de diciembre de 2001.

³²⁰STS de 12 de diciembre de 1988, en relación con un contrato de externalización de servicios informáticos: “*...la prestación de técnicas informáticas no tiene necesariamente, una calificación uniforme, puesto que puede consistir en un contrato de actividad, asimilable al arrendamiento de servicios o a un contrato de resultado, dentro del concepto genérico de arrendamiento de obra...*”, o la SAP Madrid de 7 de junio de 2004 considera el arrendamiento de servicios como forma contractual más adecuada para la instrumentalización jurídica del *outsourcing*.

³²¹ VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios” en AA.VV. *Contratos Mercantiles*, T I, DE LA CUESTA RUTE J. Mª (Dir.), , ed. Bosch, Barcelona 2001, p 325; DE CARLOS BELTRÁN J.M. “El outsourcing como técnica de gestión alternativa y su regulación contractual” *Derecho de los negocios*, nº 91 abril 1998, pp. 18-19 El contrato de outsourcing como tal, con una tipicidad propia, no existe en derecho español, se emplea esta denominación para plantear la problemática jurídica que genera la aplicación práctica del outsourcing como técnica de gestión.

explotación del buque³²². El naviero busca un gestor especializado en servicios marítimos a fin de encomendarle la gestión parcial o integral de la explotación del buque. Pero, debido a la amplitud y complejas operaciones asumidas por el *gestor* para llevar a cabo la explotación del buque, resulta difícil a priori una calificación uniforme, por ello se hace necesario examinar las distintas prestaciones y tipo contractuales a fin de poderlas encajar en el que más se asemeje.

Procederemos a analizar aquellas prestaciones de carácter técnico-náutico y operativa del buque, que son precisamente la principal razón de ser de este contrato, y el motivo primordial por el que naviero recurre a esta figura contractual, a fin de determinar si es posible encuadrarlas dentro del contrato de arrendamiento mercantil de servicios.

IV.2.1.2. Contrato de gestión naval: Arrendamiento de obra o de servicios.

a) Algunas consideraciones sobre el arrendamiento de servicios

Los contratos mercantiles de arrendamientos de servicios³²³ comprenden la prestación de cualesquiera servicios, en general, salvo aquéllos

³²² Vid. Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC nº 379/09/COL (DOUE 1.12.2011) sobre ayudas estatales a las compañías de gestión naviera. Utiliza la terminología de la externalización “...La gestión naviera es una actividad fundamental de las empresas dedicadas al transporte marítimo, que tradicionalmente vienen asumiendo ellas mismas...en la actualidad, esta actividad *se externaliza* en ocasiones a la compañías terceras de gestión naviera”.

³²³ Vid. PÉREZ SERRANOBA GONZÁLEZ J. L., “Arrendamientos mercantiles” en VV.AA: *Derecho mercantil. Contratación Mercantil*, Coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. J. /DÍAZ MORENO A., Vol. 5º 15ª Marcial Pons, Madrid 2013, p. 540. SOLE RESINA J. *Arrendamientos de obras o servicios* ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p.83; VICENT CHULIA F, *Introducción al derecho mercantil*, Vol. II, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p.1624 ; BELTRÁN M./ ORDUÑA F. J./CAMPUZANO A. B., (Dirs), *Curso de Derecho Privado*, cit., pp. 601 y ss.; VALPUESTA GASTAMINZA E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, cit., p 281 y ss.

que tradicionalmente tienen una disciplina específica y figura propia³²⁴. La prestación ha de ser realizada por empresarios especializados en los servicios objeto del contrato, que hacen de tal colaboración interempresarial su propio género de comercio, ganando autonomía, frente a los destinatarios de los servicios, y que además desarrollan esta actividad para terceros, mediante la explotación racionalizada de sus propios elementos productivos³²⁵.

Ahora bien, aunque en las relaciones negócias han ido ganando importancia las que recaen sobre la realización de trabajos de carácter material, técnico o intelectual y a pesar de su creciente demanda, su regulación en nuestro ordenamiento jurídico, sigue siendo muy deficiente, como lo pone de manifiesto la alusión genérica que sobre los mismos realizan los art. 1542 y 1544 del Código Civil.

Debido a esta falta de regulación, pueden surgir problemas de diferenciación entre el contrato de servicios, el mandato³²⁶ o la comisión mercantil³²⁷. Nuestros códigos no parecen decantarse claramente a favor de ningún criterio distintivo y la Doctrina tampoco es unánime, y se sirve de criterios muy diversos³²⁸. Algunos autores³²⁹ para establecer la diferencia entre mandato y arrendamiento de servicios, hacen referencia al carácter remunerado de este último y gratuito del primero, aunque tal criterio actualmente puede resultar un poco arcaico, porque el mandato puede resultar oneroso y en la comisión mercantil, la onerosidad del negocio se presume

³²⁴ LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/ DELGADO ECHEVERRIA/ RIVERO HERNÁNDEZ/RAMS ALBESA. *Elementos de Derecho Civil T.II*, Vol. 2º, cit. p. 202.

³²⁵ PÉREZ SERRANOBA GONZÁLEZ J. L.: "Arrendamientos mercantiles" cit. p.264.

³²⁶ Artículo 1709 del Código Civil : " Por el contrato de mandato se obliga una persona a hacer alguna cosa o prestar algún servicio, por cuenta o encargo de otra".

³²⁷ Artículo 244 Código de Comercio: "Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador de comercio el comitente o el comisionista".

³²⁸ Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El mandato y la comisión mercantil*, ed. Comares, Granada, 1997, pp. 28 y ss.

³²⁹ LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/ DELGADO ECHEVERRIA/ RIVERO HERNÁNDEZ/RAMS ALBESA. *Elementos de Derecho Civil T.II*, Vol. 2º, cit., p. 202-203.

salvo pacto expreso en contrario. De todos modos, lo cierto es que en el arrendamiento de servicios no cabe suprimir la onerosidad, en cuyo caso estaríamos ante un contrato atípico, mientras esta posibilidad existe tanto en el mandato como la comisión³³⁰.

Otro criterio diferenciador puede residir en el poder de representación, que se da en el mandato y falta en el arrendamiento de servicios, sin embargo tal criterio para algunos autores³³¹ resulta insostenible, porque la representación no es un elemento indispensable ni siquiera del mandato, cuánto menos en la comisión, al tiempo que un contrato de arrendamiento de servicios puede, al igual que el mandato, ir acompañado de poderes de representación³³².

Otra pauta distintiva³³³, consiste en contraponer servicios de cooperación y de sustitución. Se reconoce que tanto el mandato como la comisión y el arrendamiento de servicios son contratos de colaboración, pero en el mandato -civil o mercantil- la colaboración se lleva a cabo a través de la idea de sustitución, porque el mandante o comitente viene a ser sustituido por el mandatario o comisionista en la actividad de dirección de sus intereses, adquiriendo preponderancia el aspecto de gestión. En cambio en el contrato de arrendamiento de servicios ocurre lo contrario el arrendador de servicios no sustituye al arrendatario o principal porque la actividad que lleva a cabo no exige expresar una voluntad que debería y podría haber manifestado el

³³⁰ URÍA R/APARICIO ML, *Derecho Mercantil...*, cit. p. 722 . Siguen utilizando este criterio distintivo.

³³¹ TRIGO GARCÍA M^a B. *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada 1999, pp.305 y ss.; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *Derecho Mercantil de las obligaciones...*, .cit. p. 62.

³³² DIEZ PICAZO L., *La representación en el Derecho Privado*. Civitas, Madrid,1992, Por todos sobre la representación; en particular sobre los efectos jurídicos de la gestión representativa, ver pp.264 y ss.

³³³ LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/ DELGADO ECHEVERRÍA/ RIVERO HERNÁNDEZ/RAMS ALBESA. *Elementos de Derecho Civil T.II*, Vol. 2º, cit., p. 210.

principal, sino que el arrendador simplemente coopera con el principal, haciendo algo que el principal no puede hacer.

Otros autores³³⁴, señalan que lo característico de los contratos de mandato o comisión es la concesión al mandatario o comisionista de un poder para la disposición sobre intereses ajenos que permite al mandatario o comisionista desarrollar una actividad decisoria que se caracteriza frente al arrendamiento de servicios por la adopción de decisiones relativas a la disposición de intereses ajenos y de las medidas pertinentes –incluye actividad materiales- para que aquéllas se realicen³³⁵.

Otro criterio sugerido por la doctrina³³⁶, es considerar que el arrendamiento de servicios tendría por objeto actos de puro hecho, actos materiales, mientras el mandato y de la comisión su objeto sería la realización de actos jurídicos, quedando fuera de su ámbito la realización de actos materiales³³⁷. Este criterio es admitido por importante doctrina mercantilista³³⁸, que también puede aplicarse a los demás contratos de gestión, como la agencia y el corretaje, que tampoco tienen por objeto la realización de actos materiales, sino jurídicos³³⁹.

³³⁴ PALÁ BERDEJO F. J. “Naturaleza jurídica de la comisión”, *RDP*, 1951, pp. 905 y ss.

³³⁵ PALÁ BERDEJO F. J. “Naturaleza jurídica de la comisión”, cit. p. 908.

³³⁶ LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/ DELGADO ECHEVERRÍA/ RIVERO HERNÁNDEZ/RAMS ALBESA. *Elementos de Derecho Civil T.II*, Vol. 2º, cit., p. 202.

³³⁷ GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., “*El contrato de arrendamiento de servicios.*” cit. p.319. El autor, toma como referencia el concepto de comisión mercantil del artículo 244 del CCo., en el que se establece que el objeto de la comisión está constituido por la realización de actos u operaciones de comercio, lo cual nos acerca a los actos “jurídicos” y deja fuera a las actividades materiales o técnicas; es decir, todas las que no consistan en la concesión al mandatario o comisionista de un poder, en sentido material, para la disposición de intereses ajenos. Por tanto, de acuerdo con dicho criterio, el contrato de servicios es aquel que recae sobre prestaciones de trabajo material, técnico, o intelectual que no se hallen tipificadas como propias de otro contrato diferente.

³³⁸ Vid. SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil...*, Vol. II, cit., p. 210; URÍA GONZÁLEZ /MENÉNDEZ MÉNDEZ/ALONSO SOTO, “Contratos de colaboración”, en AA.VV *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. II, Dirs. URÍA/MENÉNDEZ, ed., Civitas, Madrid. 2006, p. 156; GARCÍA LUENGO, R. B., “ El contrato de comisión “, en AA.VV.: *Contratos mercantiles*, Dirs, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ.-CANO A./ CALZADA CONDE, M. A., ed. Aranzadi, Navarra 2001, p.168.

³³⁹ Vid. VICENT CHULIÁ F, *Introducción al derecho mercantil* Vol. II, 23ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 1625.

Por último relevante doctrina³⁴⁰, teniendo en cuenta que la idea de la actuación por cuenta ajena es una nota esencial y definitoria no solo del mandato sino de todos los que forma la categoría de la gestión de negocios, sugiere otro novedoso y atractivo criterio de distinción, pues aunque considera que pudiera ser acertada la solución de considerar que el mandato es un contrato por el cual el mandatario se obliga a realizar actos jurídicos por cuenta e interés del mandante. Sin embargo considera que existen relaciones continuadas y remuneradas en función del tiempo de prestación de servicios que adoptan una estructura funcional más propia de un arrendamiento de servicios, aunque su objeto sea la realización de actos jurídicos: la *gestión de intereses ajenos*. Y por este motivo sugiere plantear³⁴¹, si acaso la diferencia estará, más que en el objeto -aunque el de los contratos de mandato o de comisión siempre debe consistir en realizar actos jurídicos- en la estabilidad de la relación y en la remuneración “*pro tempore*”, y no por el resultado, que serían las notas propias de un arrendamiento de servicios, más que un mandato o comisión mercantil. Partiendo de este interesante criterio vamos a intentar ir analizando los distintos aspectos del *contrato de gestión de buques*.

Por lo que se refiere a las características del contrato de arrendamiento de servicios³⁴² podemos destacar que es un contrato, consensual bilateral, sinalagmático y oneroso, lo que significa que se perfecciona por el mero consentimiento sin necesidad de observar ninguna formalidad adicional (1544 CC); que el prestador de los servicios se obliga a desarrollar una determinada

³⁴⁰ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *Derecho Mercantil de Obligaciones. Contratos Comerciales*. Ed. Andavira Editora SL, Santiago de Compostela 2011, pp. 64 y ss.

³⁴¹ VALDEPUESTA GASTAMINZA E, “Contratos Mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios” cit. p 280, considera que : “...Así como el arrendamiento de servicios civil incluye cualquier prestación, tanto de contenido puramente material o jurídico, la comisión mercantil siempre ha tenido ese carácter de realización de negocios jurídicos por cuenta de otro...”. El autor en defensa de su tesis hace referencia al criterio mantenido por el profesor GARCÍA-PITA Y LASTRES en el artículo “ La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista” cit. p. 2830.

³⁴² ALBADALEJO GARCÍA. M., *Derecho civil. Derecho de las obligaciones ...*, T.II, cit., p.737.

actividad predominantemente de carácter material, técnico o intelectual, y el prestatario se obliga al pago de una remuneración en consideración a la obtención de dichos servicios³⁴³ y a un deber de colaboración con el prestador de los servicios³⁴⁴.

b) Perfiles distintivos del arrendamiento de obra y del arrendamiento de servicios

Como hemos mencionado ut supra llama la atención que, a pesar de la gran relevancia que ha adquirido en el tráfico jurídico actual la contratación de servicios, esta figura jurídica siga estando regulada en el Código Civil de forma exigua, arcaica y radicalmente desfasada respecto de la presente realidad económico-social, razones que, en buena medida, ha impedido caracterizarlo como un tipo contractual general en el marco de los contratos típicos de servicios³⁴⁵. No obstante, esta deficiencia normativa, ha resultado paliada por la jurisprudencia³⁴⁶ y la doctrina que han dotado de cierta eficacia práctica a los preceptos del Código Civil, considerando la aplicación analógica en el contexto de la realidad actual³⁴⁷.

³⁴³ SALVADOR CORDERCH P, *Comentario del Código Civil*, Dir por PAZ-ARES RODRIGUEZ/ DIEZ-PICAZO/BÉRGOVITZ R/ SALVADOR CORDERCH (Dirs), T. II, 2ª ed. Secretaria General Técnica centro de Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid 1993, Art. 1588, p. 1175 y ss.

³⁴⁴ BUSTO LAGO, J. M., “Contratos de prestación de servicios y realización de obras” en Tratado de contratos, BÉRGOVITZ-RODRIGUEZ CANO, T III , ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, p.2886

³⁴⁵ VICENT CHULIA F, *Compendio Critico...*, cit. p.289-290; VAQUERO PINTO Mª J, “Contratos de servicios. Arrendamiento de servicios mercantil” en *Contratos Mercantiles*, Vol. I ,Dir. BÉRGOVITZ RODRIGUEZ-CANO A, Aranzadi, Pamplona 2009, p. 969. La autora estima que: *la cualidad de tipo general o función modélica del contrato de arrendamiento de servicios puede traducirse en primer término para cumplir una función residual en la tarea calificadora....., y en segundo identificarlo como un régimen jurídico común de la contratación onerosa de actividad..... Sin embargo en el contexto actual el arrendamiento de servicios no cumple satisfactoriamente ninguna de las funciones apuntadas.*

³⁴⁶ Nuestro Tribunales, además de haber calificado los servicios prestados por profesionales liberales, q como objeto de un contrato de servicios profesionales, También ha incluido, entre otros, a modo de ejemplo los consistentes en : servicios de limpieza STSJ Andalucía (Málaga) Sala de los social de 14.10.1997; de detectives privados, SAP Palencia de 22/01/1997; de gestión de cobro de impagados STS de 24/06/1997; de gestores administrativos SAP Córdoba de 15/10/1992 de peritos tasadores STSJ Cantabria, Sala de lo Social de 7/07/ 1997; o el celebrado por el cliente con el notario STS de 6/05/ 1994.

³⁴⁷ BUSTO LAGO JM “Contratos de prestación de servicios y realización de obras”, cit., p. 2876.

Desde el punto de vista de la organización económica y la autonomía de la Empresa, la prestación de un determinado servicio puede ser alcanzada por medio de cauces jurídicos diversos, y será el Derecho, por medio de sus normas el encargado de regular el contenido y las consecuencias de las distintas opciones jurídicas que han elegido las partes para regular sus relaciones, y para ello es necesario comenzar por delimitar el concepto “servicios” desde una perspectiva jurídica. En este sentido algunos autores³⁴⁸ sugieren comenzar por delimitar el concepto “servicios” por oposición al concepto jurídico de “bienes”, éste estaría conformado por dos referencias (art. 333 CC): son cosas, y además son susceptibles de apropiación, mientras que los servicios no pueden ser objeto de apropiación pero sin embargo producen alguna utilidad económica por lo que han de incardinarse en el ámbito de las actividades o acciones humanas objeto de prestaciones de hacer alguna cosa (art.1088 y 1098 CC).

Pues bien, por lo que se refiere al concepto jurídico³⁴⁹ de “prestación de servicios”, el Derecho atiende al dato de que los servicios constituyen objeto de las relaciones jurídico-personales y dentro de éstas, los servicios solamente pueden ser objeto de las obligaciones de hacer, es decir, el concepto jurídico de los “servicios” permite situarles en el plano de las actividades o acciones humanas, objeto de prestaciones de “facere”³⁵⁰ (arts. 1254, 1271, 1272 y 1274 del CCv).

³⁴⁸GARCÍA PITA Y LASTRES J.L., “El contrato mercantil de Servicios” Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº, A Coruña, 1977, p. 295.

³⁴⁹VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios” cit. p.282; GARCÍA PITA Y LASTRES J.L., “El contrato mercantil de Servicios” cit., p. 296.

³⁵⁰LUCAS FERNÁNDEZ F, *Comentarios al Código Civil* T. II, PAZ-ARES RODRÍGUEZ/ DÍEZ-PICAZO/BÉRGOVITZ R/ SALVADOR CORDERCH (Dirs) ed. Secretaria General Técnica centro de Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pp. 1058 y ss.

Comprendidos dentro de estas prestaciones de “facere” se encuentran las figuras contractuales del arrendamiento de obras y servicios, que el Código Civil regula conjuntamente bajo un mismo título deparándoles un tratamiento legal más bien parco³⁵¹. A fin de determinar si el *contrato de gestión de buques* puede tener encaje en alguna de estas modalidades contractuales, vamos a formular algunas consideraciones sobre sus distintos perfiles.

Del artículo 1.544 del Código Civil se desprende que el criterio para diferenciar entre arrendamiento de obra (*locatio operis*), y el arrendamiento de servicios (*locatio operarum*), es el objeto contractual³⁵²: “*En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por un precio cierto*”.

La singularidad del arrendamiento de servicios consiste en el hecho de que con él se da nacimiento a una obligación de hacer cuyo contenido es una actividad general del prestador que la ejerce en beneficio del principal, por encargo de éste³⁵³. El objeto del contrato es la actividad misma, rinda ésta o no una utilidad, por lo que se dice que, en este supuesto, la obligación es de medios³⁵⁴. En cambio el contrato de obra se caracteriza por la realización, por

³⁵¹ Sobre la distinción entre los contratos de arrendamiento de servicios y de obra resulta de interés entre otros: CABANILLAS SÁNCHEZ, A, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch Barcelona 1993; JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)” A.D.C, T XLIV, 1991 pp., 5 a 96; SALVADOR CORDERCH, P, *Comentario del Código Civil*, , *Comentario al Código Civil*, T. II, PAZ-ARES RODRIGUEZ/ DIEZ-PICAZO/BÉRCOVITZ R/ SALVADOR CORDERCH (Dirs) ed. Secretaria General Técnica centro de Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid 1993 2ª ed. p. 1180. En el ámbito marítimo GARCÍA LUENGO RB, *La remuneración en el salvamento marítimo*, Salamanca 1973, MENÉNDEZ MENÉNDEZ A, “Naturaleza jurídica del contrato de construcción de buques” *RDM* 1975, p., 299; PULIDO BEGINES J.L., *Los contratos de remolque marítimo*, ed. Bosch, Barcelona 1996.

³⁵² En este sentido, entre otros, ALBADALEJO GARCÍA. M., *Derecho civil. Derecho de las obligaciones...*, T.II cit., p. 734; LACRUZ BERDEJO J.L./SANCHO REBULLIDA F. /LUNA SERRANO A. /DELGADO ECHEVERRÍA J. / RIVERO HERNÁNDEZ F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil* , T II Vol. 2º, cit. p. 202 ; LASARTE ÁLVAREZ C., *Principios de Derecho Civil. Contratos*, T.III, cit., p. 214.

³⁵³ ALBADALEJO GARCÍA. M., *Derecho civil. Derecho de las obligaciones...*, T.II cit., p. 733

³⁵⁴ GARCÍA AMIGO M, *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Lecciones de Derecho Civil II, ed. McGraw-Hill, Madrid 1995, p. 482;. DIEZ PICAZO L, *Fundamentos del Derecho Civil* Vol. II, cit. p. 278 y ss. En relación a la obligación de medios se ha afirmado que “La prestación de actividad – o de medios- es la más pura prestación de hacer; que el acreedor obtenga o no el resultado

una de las partes (contratista) y mediante precio, de un trabajo materializado en una obra que es el objeto del contrato, de modo que el contratista asume la obra y promete a la contraparte un “resultado”³⁵⁵ que consiste inicialmente en un acto de producción del cual él asume el riesgo y organiza de manera autónoma los medios necesarios para su consecución³⁵⁶.

La doctrina jurisprudencial también considera adecuado que el criterio para distinguir el arrendamiento de servicios del de obra, puede ser el objeto inmediato de la obligación de arrendador, de manera que:

“ si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo, o de una actividad en sí misma, y no al resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios, y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra...” (S de 3 noviembre de 1983)³⁵⁷.

Otro criterio también considerado por la jurisprudencia³⁵⁸, es el relativo a determinar qué parte asume el riesgo de la frustración del contrato por acontecimientos no imputables al deudor³⁵⁹, de forma que, si el prestador tiene derecho a recibir el precio pactado aunque su actividad no produzca ningún resultado útil, siempre que actúe con la debida diligencia, el contrato es un

al que sin duda tendió es indiferente. JORDANO FRAGA F, “Obligaciones de medios.” cit., p. 7: Es decir, el contenido de la prestación del deudor consiste en un *facere*, de tal suerte que se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente.; Obligaciones de medios y de resultado LASARTE ÁLVAREZ C., *Principios de Derecho Civil. Contratos*, T.III, cit. p. 214. En este tipo de obligaciones la prestación se encamina a un fin ulterior, pero la realización de éste no se compromete; RAGEL SANCHEZ L.F., *Manual de Derecho Civil, Derecho de obligaciones y contratos*, Librería Técnica Universitaria, “Figuerola 2”, Cáceres 1997, p. 43 y ss.

³⁵⁵ DIEZ PICAZO L, *Fundamentos del Derecho Civil* Vol. II, cit. p. 280 y ss. Son obligaciones de resultado aquéllas en las que el deudor se obliga a proporcionar de forma directa e inmediata a la satisfacción del interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado pactado que integra la prestación, por tanto, si el resultado no se produce, será el deudor quien deba demostrar el caso fortuito. O sea: por el hecho de no haberse alcanzado el efecto práctico debido, queda patente, sin más, el incumplimiento, y, a partir de éste, es el deudor quien ha de probar que no ha sido culpable. JORDANO FRAGA F, “Obligaciones de medios...”, cit. p. 7. En las obligaciones de medios el interés primario no está *in obligatione*; en cambio, sí lo está cuando se trata de obligaciones de resultado.

³⁵⁶ LASARTE ÁLVAREZ C., *Derecho de las obligaciones. Principios de Derecho Civil...*, Tomo II, cit. p.43.

³⁵⁷ Con igual criterio las Sentencias TS de 3/11/1983; 18/04/ 1991 y 25/11/92.

³⁵⁸ Ver Sentencias del STS de 7/10/1964, 19/12/1964; 6/11/1982, 3/11/1983 y 9/12/1983.

³⁵⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ-ZORRILLA RUIZ, “ La frustración del contrato. Obligaciones de medios y de resultado”, *ADC*1985, p.185 y ss.

arrendamientos de servicios; sin embargo, si el prestador asume los riesgos de su cometido de manera que no pueda reclamar remuneración alguna si no alcanza el resultado prometido, el contrato es un arrendamiento de obra. Por tanto, puede decirse que en el contrato de obra la gestión se lleva acabo a propio riesgo del contratista, y por el contrario en el arrendamiento de servicios el riesgo de la no obtención del fin perseguido lo soporta el principal³⁶⁰.

Otra diferencia entre las obligaciones de medios y las de resultado es la referida a la falta de diligencia del deudor que en las primeras debe probarse y en las segundas se presume. Así en las obligaciones de medios, el deudor cumple con la prestación de sus servicios si los realiza con la debida diligencia, con independencia de la obtención o no del fin perseguido; mientras que en las obligaciones de resultado el deudor garantiza que su actividad producirá un resultado útil³⁶¹. De lo que se deriva que en las obligaciones de medios el deudor resulta liberado de responsabilidad por incumplimiento si demuestra que actuó diligentemente³⁶², con arreglo al modelo de conducta propio (técnico/ profesional) de la actividad desempeñada, pero en las obligaciones de resultado la responsabilidad del deudor surge por el hecho de no alcanzar el objetivo convenido, sin necesidad de que medie prueba de su culpa.

³⁶⁰PULIDO BEGINES J.L., “*Los contratos de remolque marítimo...*” cit. p. 137.

³⁶¹DE ÁNGEL YAGÜEZ-ZORRILLA RUIZ, “La frustración del contrato. Obligaciones de medios y de resultado” cit. p.209.

³⁶²JORDANO FRAGA,F., “Obligaciones de medios y de resultado”, cit., pp. 5 y ss., considera que: “...La diferencia con las obligaciones de resultado (contrato de obra) estriba en que en ésta el contenido del resultado debido no se determina con arreglo al modelo de conducta (art.1.1.04 del CCv), sino por la presencia o ausencia de un *opus...* . De la misma manera que la ausencia del resultado debido en las obligaciones de diligencia no es necesariamente incumplimiento , pues la falta de actividad diligente o su inexactitud (negligencia, culpa) puede estar determinada por imposibilidad liberatoria (art. 1.602 CCv) En cambio, en una y otra clase de obligaciones es la presencia del resultado debido –de diverso contenido en cada caso- la que sirve para indicar el cumplimiento y, por tanto, para excluir toda cuestión de responsabilidad”.

Algún sector de la doctrina ha pretendido distinguir, el contrato de obra del de servicios, por la situación de dependencia en que éste se desarrolla, pero ni todos los servicios implican subordinación³⁶³ - piénsese por ejemplo los servicios de las profesiones liberales como abogados, médicos, notarios...etc.-, ya que en la mayoría de los casos quien asume una obligación de medios desarrolla su actividad de forma autónoma, limitándose a seguir las instrucciones dadas por el principal, y por otra parte, además, ni en el contrato de obra se puede excluir una modalidad en la que el dueño vigile y dirija la actividad del contratista³⁶⁴.

c) ¿El contrato de gestión naval como arrendamiento de obra?

En el contrato de gestión de buques, de los formularios internacionales al uso – SHIPMAN 2009-, el *gestor* se obliga a gestionar los distintos aspectos implicados con la explotación del buque, entre los que se encuentra los servicios comprendidos en la gestión técnica, que son objeto de análisis en este capítulo³⁶⁵.

A nuestro modo de ver, la gestión técnica está más cerca de los caracteres de un arrendamiento de servicios que del contrato de obra, dado

³⁶³LACRUZ BERDEJO J.L./SANCHO REBULLIDA F. /LUNA SERRANO A. /DELGADO ECHEVERRÍA J. / RIVERO HERNÁNDEZ F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil...*, T II, Vol. 2º, cit. pp. 203 y ss. Considera que el CCv no dio reglas para regular el contrato de servicios en general, sino para una clase de servicios que en la actualidad se haya hoy regulada por el Estatuto de trabajadores. Pero al lado de este tipo de contractual existe otra modalidad de arrendamiento de servicios no regulada en el CCv, cuya figura ha sido diseñada por los usos y la jurisprudencia: “Los contratos de prestación onerosos de servicios profesionales: en particular, aunque no exclusivamente, los de las profesiones liberales. En estos supuestos, el arrendador trabaja bajo su propia dirección y sin someterse al criterio del que encarga los servicios.

³⁶⁴LASARTE ÁLVAREZ C., *Principios de Derecho Civil. Contratos...*, T.III, cit., p.215.

³⁶⁵Vid. Capítulo IV.2.1.

que el gestor se obliga a realizar una actividad considerada en sí misma y no por su resultado³⁶⁶.

Un ejemplo bastante clarificador de que el *gestor* no garantiza un resultado, lo tenemos en la función técnica relativa el Código IGS (ISM), el *gestor* se encarga asesorar, implementar, desarrollar, y realizar los trámites para la obtención de la certificación del código IGS. La certificación debe emitirse por una Sociedad de Clasificación conforme a sus propios requisitos. Por tanto el *gestor* en relación con la gestión de la certificación cumple su función, informando al naviero, qué sociedades de clasificación pueden emitir la certificación y cuáles son los requisitos que debe cumplir el naviero para la emisión del mismo; y una vez elegida y conocidas las exigencias de la sociedad clasificación por el naviero, el gestor empleará sus conocimientos profesionales para que el buque cumplimente los requerimientos técnicos, certificados y demás documentación solicitada por la sociedad de Clasificación. Pero será Sociedad de Clasificación la que de acuerdo a sus propios criterios quien decida la emisión de los certificados. Por tanto la emisión de la certificación es una decisión de una tercera entidad, un hecho ajeno a la labor del gestor que se escapa del ámbito de su actuación, (no está en sus manos) al igual que un abogado debe emplear toda su ciencia y diligencia en la defensa de su cliente para el litigio que se le ha encomendado, pero la Sentencia que se dicte es un hecho ajeno al Abogado³⁶⁷. En este sentido es interesante un Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa³⁶⁸ que estima la demanda, interpuesta por la empresa que se había encargado del asesoramiento y certificación del Código ISM contra la naviera, condenando a

³⁶⁶GABALDON GARCÍA, J.L./RUIZ SOROA J. M^a, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit. p.430, Los autores consideran que : “es importante señalar que el contrato tipo configura siempre las obligaciones asumidas por el gestor como obligaciones de medios”.

³⁶⁷BELTRÁN E/ORDUÑA J/ CAMPUZANO A., *Curso de Derecho Privado*, cit., p 607. En el contrato de servicios... no se persigue un resultado final, entre otras cosas porque ese resultado no está en manos del prestatario del servicio, sino que éste habrá de poner todos los medios que la ciencia o la profesión determina como idóneos para la realización de la actividad encomendada.

³⁶⁸Auto de la AP de Vizcaya (sección3ª) nº 465/2004 de 23 junio JUR 2004\293903.

ésta a abonar a la actora la remuneración por las labores realizadas. El fallo se fundamenta en que, la no obtención de la certificación de la Sociedad de Clasificación, se debió al incumplimiento de la naviera del requisito de no tener en la Sociedad de clasificación al menos el 25% de su flota, requisito del que había sido informada previamente por la empresa demandante, el Tribunal considera que:

“...La inicial no obtención de la certificación definitiva nada tiene que ver con el quehacer de la actora, es una decisión de tercera entidad...por otra parte la actora ha hecho bien su labor, certificaciones provisionales obtenidas sin obtener la calificación de definitivas por hecho ajeno a la obligación de la actora....confirmando la Sentencia del Juzgado estimatoria de la demanda condenando a la demandada al pago de la cantidad reclamada...”

De todo ello se deduce, que la actividad del gestor no es una actividad de resultado, sino de medios³⁶⁹, porque a pesar de no obtenerse la certificación definitiva, la naviera es condenada al pago de la remuneración porque la actuación de la empresa de gestión fue diligente en relación la actividad encomendada, no hubo incumplimiento, informó correctamente a la naviera de los requisitos exigidos por la Sociedad de Clasificación, y realizó las gestiones y trámites necesarios para la certificación provisional, la no obtención de la certificación definitiva es un hecho ajeno a su actuación³⁷⁰.

³⁶⁹ GORRIZ LÓPEZ C., “Análisis comparativo entre los acuerdos SHIPMAN”, cit. pp. 422-423, para este autor la referencia al “esfuerzo” que se refleja en la póliza SHIPMAN deja traslucir que el gestor no promete un resultado determinado, sino simplemente, la aplicación de la diligencia necesaria en la ejecución de la actividad de gestión, por ello estamos en presencia de una actividad de medios y no de resultado.

³⁷⁰ Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ A, *Las obligaciones de actividad y de resultado...*, cit., p.124 y ss. El autor considera que: *...el incumplimiento surge en la obligación de resultado cuando el deudor no alcanza el resultado que satisface el interés primario del acreedor. En cambio, cuando la obligación es de actividad, la falta de obtención del resultado esperado por el acreedor no implica “per se” el incumplimiento de la obligación, pues el deudor cumple si actuó con la diligencia necesaria, atendiendo a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar(artículo 1104 del Código Civil). El incumplimiento sólo surgirá si se demuestra que el deudor fue negligente en la actividad de cumplimiento”.*

Así mismo puede observarse que, cuando el naviero encarga al gestor naval que se ocupe de la gestión de la seguridad operacional del buque, el *gestor* no promete que el buque no sufra averías durante su navegación, sino que su función consiste en asegurarse a de que se adopten las medidas necesarias para su buen mantenimiento. Por lo que se refiere a la protección del medio marino, el *gestor* no se obliga a que el buque no contamine, sino que ha de ocuparse de que el buque y sus equipos cumplan con los estándares de calidad, procurando que se realicen adecuadamente las inspecciones del pabellón del buque y de la Sociedad de clasificación en materia de seguridad y protección del medio ambiente.

Otro indicativo, de que estamos ante una actividad de medios, puede ser la forma de remuneración prevista en el contrato de gestión naval. La retribución se fija por periodos anuales, pagaderos por meses adelantados, de modo que el *gestor* tiene derecho a percibir la retribución pactada, desde el comienzo de su actividad, sin estar sujeto a un resultado concreto como consecuencia de la prestación de sus servicios relativos a la gestión operativa del buque.

Por otra parte, la forma el modelo de diligencia³⁷¹ de cómo el gestor ha de ejecutar la obligación, revela la presencia de una obligación de medios, porque el *gestor* se compromete a actuar lo mejor posible aplicando los máximos esfuerzos (*use hisbest endeavours*) para proveer los servicios especificados en el contrato. La referencia al esfuerzo deja traslucir que no se promete un resultado determinado sino, simplemente, la aplicación de la diligencia necesaria en la ejecución de la actividad de gestión³⁷².

³⁷¹ Vid www.bimco.org. Cláusula 8 a) Managers' Obligations: "*The managers undertake to use their best endeavours to provide the agreed Management Services as agents...*".

³⁷² GÓRRIZ LÓPEZ C, "Análisis comparativo entre los acuerdos SHIPMAN" cit., p. 423.

Por consiguiente de acuerdo con los razonamientos que anteceden, a nuestro modo de ver, el *gestor* se obliga a la prestación de servicios relativos a la gestión operativa del buque poniendo los medios para que ésta se realice bajo estándares de seguridad y navegabilidad propios de una gestión profesionalizada, es decir, se compromete a realizar una actividad considerada en sí misma, y no a un resultado sin consideración al trabajo que lo crea³⁷³. Por tanto tal prestación se asemeja más a una obligación de medios y no de resultado³⁷⁴, por lo que las funciones comprendidas en la gestión técnica previstas el contrato “*gestión de buques*”, encajan mejor en el contrato de arrendamiento de servicios y no el de obra³⁷⁵.

d) La prestación de servicios del gestor como objeto de relaciones jurídicas mercantiles

Así mismo, aunque es sabido que el contrato de arrendamiento de servicios está recogido en el Código Civil, ello no obsta para que existan

³⁷³GARCÍA AMIGO M, *Lecciones de Derecho Civil...* II, cit., p. 482; LASARTE ÁLVAREZ C., *Principios de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones* T. II, 17ª Marcial Pons, 2013, p. 75; GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *Introducción al derecho...*, cit. p. 49 El autor considera que pueden existir obligaciones mercantiles de medios o de actividad; es decir: obligaciones en las que “la prestación del deudor se limita a desarrollar una conducta diligente que, sólo de forma mediata, puede ofrecer el resultado final perseguido por el acreedor”, sin asumir el “alea” que –por el contrario– soporta su acreedor; y obligaciones de resultado, en las que “el deudor se obliga a proporcionar de forma directa e inmediata la satisfacción del interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado pactado que integra la prestación, un resultado que esta “in obligatione”, y cuyo logro no depende de la actitud del acreedor.

³⁷⁴Vid STS 19 enero 2005; 3 noviembre 1983; y 10 Junio 1975, que declara: “de los diferentes criterios ideados por la doctrina para distinguir el arrendamiento de servicios del de obra, el que goza de mayor predicamento y el aceptado por este Tribunal (sentencia, entre otras, de 4 de febrero de 1950), radica en el objeto inmediato de la obligación del arrendador, de manera que si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no del resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra, sin que para suponer la existencia de un contrato de esta última especie sea suficiente que la actividad se prometa en dirección a un resultado determinado, cosa no infrecuente dado que toda actividad humana va dirigida a un fin o resultado.

³⁷⁵ARROYO MARTÍNEZ I., *Curso de Derecho Marítimo*, cit., p. 311-313 El gestor es un empresario de servicios exclusivamente marítimos... su actividad consiste en la prestación de servicios... especializados exclusivamente en navegación marítima a favor de terceros.....su naturaleza se aproxima a un contrato de servicios”; GABALDON GARCÍA J.L. *Curso de Derecho Marítimo Internacional...*, cit., p.329. “Sea como fuere, es importante señalar que el contrato tipo configura siempre las obligaciones asumidas por el gestor como obligaciones de medios ...”.

referencias que permitan concebir la existencia de variedades mercantiles de esta figura³⁷⁶.

De hecho ante la existencia en el tráfico de una amplia variedad de contratos de prestación de servicios mercantiles de extraordinaria importancia en el mercado, el legislador en su Propuesta del Código Mercantil de 17 de junio de 2013³⁷⁷, ha considerado conveniente establecer una regulación general que pudiera ser aplicable a todos los contratos de servicios mercantiles, por ello ha configurado en un primer capítulo el régimen jurídico general “ *De los contratos de prestación de servicios mercantiles en general*” . En el mismo se ha establecido una formulación del concepto del contrato, delimitando el objeto, que se configura como aquel mediante el cual una parte se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, para lo que se obliga a organizar los medios adecuados, pero sin que ello comporte la obtención de un resultado. A continuación se establecen las obligaciones del prestador y del ordenante del servicio, haciendo especial referencia por su importancia práctica a la subcontratación total o parcial en la prestación de los servicios, con respecto a la determinación de la retribución se acepta la referencia al valor de mercado para otras prestaciones análogas. Se regula así mismo, otros aspectos esenciales del contrato como los que hacen referencia a la duración, el desistimiento y las causas de su extinción.

Por tanto, hay que destacar que la Propuesta regula por primera vez un tipo de contrato muy habitual que hasta la fecha no estaba regulado, aportando normas generales y básicas de funcionamiento pero respetando el carácter dispositivo que debe imperar para su correcto funcionamiento. Además estas normas dispositivas siguen la práctica habitual ya existente. De

³⁷⁶PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J.L., “Arrendamientos Mercantiles”, cit., pp. 263 y ss.

³⁷⁷Ver www.mjusticia.gob.es Propuesta de Código Mercantil de 17 de junio de 2013, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

algunas de ellas volveremos hacer una referencia más específica a lo largo del desarrollo de este capítulo.

Por lo demás la Propuesta incluye dentro de la categoría del contrato de prestación de servicios mercantiles, los contratos para las comunicaciones electrónicas, los contratos publicitarios y los de prestación de servicios turísticos, regulándolos a continuación del tipo general.

De todos modos, conforme a la vigente legislación, creemos que no debe ofrecer duda, la mercantilidad del contrato de prestación de servicios³⁷⁸, ya que ésta viene dada por la referencia a la noción de “prestación” y no por la referencia a la noción de “servicios”. Lo que hace que la prestación de servicios sea mercantil, y no civil; que pertenezca al ámbito del Derecho privado especial, y no al seno del Derecho común, no es la índole de los servicios, en sí mismos, sino la forma en que se llevan a cabo: dentro del marco de una empresa³⁷⁹; como una actividad económica y planificada, en términos de cálculo de costes y beneficios³⁸⁰.

Por lo que respecta a las actividades mercantiles de prestación de servicios en el ámbito del Derecho marítimo, basta examinar el contenido del libro III del Código de Comercio, cuya regulación gira en torno a la institución del Fletamento/Transporte marítimo. Existiendo además, tanto dentro como fuera de nuestro Código de comercio, otras instituciones jurídico-marítimas caracterizadas por la prestación de un servicio a terceros, tales como el salvamento y asistencia, el remolque, el practicaaje, la clasificación de

³⁷⁸GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., “El contrato mercantil de servicios”, cit., p. 316.

³⁷⁹DE LA CUESTA RUTE J.Mª/VALPUESTA GASTAMINZA E “Marco General de la contratación mercantil”, en AA.VV.: *Contratos Mercantiles*, T., I, DE LA CUESTA RUTE J. Mª (Dir.), ed. Bosch, Barcelona 2001, p. 30.

³⁸⁰Ver *Infra* el apartado sobre la mercantilidad del contrato de gestión de buques.

buques, la inspección de buques etc.³⁸¹. Y fuera del ámbito marítimo, pero en el campo del Derecho mercantil piénsese por ejemplo, servicios bancarios o financieros, la contratación publicitaria, contratos asistencia técnica y consultoría, etc.

Por tanto, consideramos que el hecho de que podamos encajar algunas de las prestaciones más significativas del contrato *gestión de buques* (*shipmanagement*), en la figura de “arrendamiento o prestación de servicios”³⁸², no afecta a su mercantilidad. La prestación que realiza el “*gestor*” ha de considerarse mercantil, toda vez que éste ofrece al naviero la prestación de determinados servicios marítimos, sobre la base de poseer una organización empresarial, cuya actividad es precisamente la prestación de aquellos servicios marítimos especializados, de forma que la facturación de su empresa, en términos de beneficios y costes dependerá del lograr contratos rentables de “*gestión de buques* (*shipmanagement*)”. Y además estos servicios los ofrece el *gestor* a otro empresario – el naviero-, es decir que ambas partes contratantes son empresarios mercantiles³⁸³.

³⁸¹ En el ámbito marítimo, podemos citar el contrato de remolque, ver: PULIDO BEJINES J.L., *Los contratos de remolque marítimo*, Ed. Bosch, Barcelona 96; MORRAL SOLDEVILLA R, *El salvamento marítimo*, Ed. Bosch, Barcelona 97.

³⁸² ARROYO MARTÍNEZ I., *Curso de Derecho Marítimo*, cit. p. 312. El autor considera que el objeto inmediato de la actividad es la gestión de servicios empresariales ajenos especializados exclusivamente en navegación marítima a favor de terceros.

³⁸³ ARROYO MARTÍNEZ I., *Curso de Derecho Marítimo*, cit. p. 312. No cabe confundir la figura del *gestor* con la del naviero, pues el *gestor* a diferencia del naviero no se presenta como titular de la empresa de navegación. Su actividad consiste en la gestión de navieras de tercero, verdaderos titulares, sean propietarios o no, de la empresa de navegación.

IV.2.1.3. Similitudes del contrato de *gestión de buques* al contrato de arrendamiento mercantil de servicios

a) Retribución de los servicios

Como ya hemos tenido ocasión de mencionar en apartados anteriores³⁸⁴ el contrato de *gestión de buques*, es un contrato de carácter oneroso y por ello la retribución es un elemento esencial del mismo, porque la existencia de la retribución constituye la causa de la prestación de actividad del *gestor*. Por lo que se refiere a la modalidad de la retribución, tal y como hemos anticipado, la más común en el sector de la gestión de buques, así como la indicada en el formulario SHIPMAN 2009³⁸⁵, consiste en fijar unos honorarios para un periodo anual por una cantidad global alzada, fijada según criterios de razonabilidad³⁸⁶ y práctica habitual en el ámbito del sector de gestión de buques³⁸⁷; y que deberán ser abonados por el naviero mensualmente al principio de cada mes en la cuenta indicada por el *gestor*, procediéndose a su revisión anual junto con la formulación del presupuesto de gastos de gestión que ha de presentar el *gestor* al naviero para su aprobación.

A nuestro modo de ver, el modelo de retribución utilizado en el *contrato de gestión de buques*, se asimila bastante a los criterios normalmente seguidos en el contrato de arrendamiento mercantil de servicios para fijar el precio de los mismos. En ambos contratos, la obligación de pagar una remuneración al prestador de los servicios empresariales-profesionales se configura como elemento fundamental y el precio ordinariamente será dinerario.

³⁸⁴ Vid. apartado de Elementos Reales: Carácter remunerado de la prestación del gestor.

³⁸⁵ Vid. www.bimco.org SHIPMAN 2009, cláusula 12.

³⁸⁶ MITROUSSI K., "Third party ship Management", cit., p. 77.

³⁸⁷ BRANCH ALAN E., *Elements of Shipping...*, cit., pp. 458 y ss.

Por lo que se refiere a la determinación de la retribución, en el contrato de arrendamiento de servicios, se exige, que el precio sea cierto (art. 1544 CC)³⁸⁸. Esta exigencia, la jurisprudencia³⁸⁹ la ha matizado en el sentido de que, con carácter general, el precio ha de ser determinado previamente o resultar determinable mediante el establecimiento de criterios que permitan su fijación ulterior, y que en cualquier caso su fijación no puede depender de la voluntad de una de las partes (art. 1273CC). Las posibilidades de fijar la retribución son múltiples³⁹⁰, pero ordinariamente se fija en proporción a las unidades de tiempo que se invierten en la prestación, pero también es posible pactar la retribución a tanto alzado o mediante el establecimiento de pagos periódicos de cantidades a cuenta de la suma concertada o con referencia a normas corporativas que fijan las tarifas u honorarios orientativos aplicables a la prestación de los servicios. En todo caso, la doctrina³⁹¹ considera que la determinación del precio tendrá como límite los usos del sector profesional de que se trate, pudiendo ser objeto de impugnación la fijación arbitraria de un precio que exceda del habitual o usual y ello con fundamento en lo dispuesto en los arts. 57 del CCo y art. 1287 CC, a cuyo tenor los usos -sean profesionales, o no- se tendrán en cuenta para suplir la omisión de cláusulas que ordinariamente suelen incluirse en los contratos. Nuestra jurisprudencia ha admitido que el Tribunal pueda acudir a criterios ya recogidos en disposiciones de marcada identidad de contenido con el caso a dilucidar³⁹², o inclusive con el uso o la costumbre del lugar de prestación de los servicios³⁹³.

³⁸⁸ LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/ LUNA SERRANO/ DELGADO ECHEVERRIA/RIVERO HERNÁNDEZ/RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, Vol. II, cit. pp. 205-206.

³⁸⁹ Vid. ALBIEZ DOHRMANN K. J., “Comentario a la sentencia de 30 de noviembre de 2010, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero-abril 2012, pp. 2331-2348; STS de 14/06/1989; 16/04/1980; 04/07/1984 referida a servicios de peritaje; y 15/12/1994 referida a servicios de gestión de venta de un inmueble y estudio de su recalificación urbanística prestado por un abogado.

³⁹⁰ TRIGO GARCÍA B., “La remuneración del prestador de servicios. Criterios de determinación” en *Actualidad Civil* 2000 nº16, pp. 577 y ss.

³⁹¹ BELTRÁN E/ORDUÑA J/ CAMPUZANO A., *Curso de Derecho Privado...*, cit. p. 606; BUSTO LAGO J.M., “Contratos de prestación de servicios y realización de obras”, cit., p.2900

³⁹² Vid STS de 20 de enero de 1961, citada por SANTOS BRIZ J, en *Derecho Civil. Teoría y Práctica. Derecho de las obligaciones. Los contratos en particular*, T. IV, RDP Madrid 1975,

Por su parte la Propuesta del Código Mercantil³⁹⁴, en el contrato prestación de servicios mercantiles, aporta como novedad la referencia a la retribución del prestador de los servicios, en caso de no haberse pactado nada al respecto, y en este supuesto recurre -como factor de integración del contrato- al “valor común o de mercado de los servicios”, para determinar aquélla, de este modo soluciona el problema de una posible nulidad por ausencia de precio cierto, al ser éste uno de los elementos esenciales recogidos en la formulación del concepto del contrato.

De todo lo expuesto, se deduce que el *contrato de gestión de buques*, cumple con los criterios referenciados para el contrato de arrendamiento mercantil de servicios, pues no hay duda sobre la certeza del precio de los servicios, ya que la remuneración del gestor se fija en el momento de concertar el contrato, así como su forma de pago y revisión. Y en cuanto a su cuantía se determina una cantidad fija por periodos anuales con arreglo al valor común o de mercado de los servicios marítimos de gestión en el sector de las compañías de gestión naviera. Por tanto la percepción de la retribución del *gestor* no está condicionada a la obtención de un concreto resultado, porque su objeto es la realización de una actividad consistente en llevar a cabo aquellos aspectos de la explotación del buque, que por sí determinan la fijación de retribución (art. 1.544CC), retribución a la que se accede por derecho desde el momento en que la actividad se lleva a cabo, con independencia de que con ella se alcance un resultado³⁹⁵.

pp.319. y ss. También, STS 24 de julio de 1.989 que cita las de 16 enero y 26 de noviembre de 1986 y 14 de febrero de 1987.

³⁹³En este sentido ver Sentencia AP de Málaga de 29 de abril de 2013: considera que un contrato de servicios de remolque, la empresa prestadora servicios de remolque, factura a la Naviera: *un precio abusivo, desde el punto de vista del mercado del producto (servicio de remolque) como el marco geográfico del mismo (Puerto de melilla)*. El Tribunal finalmente fija el precio del servicio de remolque conforme a un informe pericial obrante en autos.

³⁹⁴ Vid.: www.mjusticia.org Propuesta de Código Mercantil Título III Capítulo I de los contratos de prestación de servicios mercantiles en general art. 531.5 *Retribución*.

³⁹⁵En este sentido ver STS de 19 de enero de 2005; 7 de mayo de 2007; 21 de abril de 2006,

Por consiguiente, a nuestro modo de ver, el modo de fijar la retribución en el contrato de gestión naval se asemeja a los procedimientos habituales utilizados en los contratos de arrendamiento mercantil de servicios. Pues lo sustancial cuando el *gestor* tiene encomendada la gestión técnica, es que debe al naviero “*su trabajo: su servicios marítimos como tales, por un período de tiempo*”. Estamos pues, en presencia de una actividad que genera obligaciones de medios³⁹⁶, porque lo esencial es “*el obrar*”³⁹⁷, o dicho de otro modo, lo relevante es la actividad desarrollada diligentemente por el *gestor* encaminada a realizar la gestión técnico-náutica para la mejor explotación del buque; y además, y no menos trascendente, es que ese “obrar” es por un “*período de tiempo*”, mayor o menor³⁹⁸.

b) Duración de la prestación mercantil de servicios

Por lo que se refiere a la duración del contrato de servicios -civil o mercantil-, no existe restricción alguna para que pueda establecerse por tiempo determinado o por duración indefinida conforme a lo previsto en el art. 1583 del CC (“*puede contratarse estos servicios sin tiempo fijo, por tiempo cierto o para una obra determinada*”) siendo la única limitación que la relación de la prestación no pueda ser vitalicia, es decir, por toda la vida, en cuyo caso sería nula³⁹⁹.

Por lo demás no existe inconveniente alguno en que el contrato de arrendamiento de servicios pueda configurarse como un contrato de tracto único⁴⁰⁰, agotándose con la realización de una única y determinada prestación (como por ejemplo asistencia veterinaria ocasional, asesoramiento fiscal para

³⁹⁶ CASTAN TOBEÑAS/FERRANDIS VILELLA, *Derecho Civil Español Común y Foral*, T IV, 15ª ed. Reus 1995, p.475.

³⁹⁷ SANTOS BRIZ, J, *Derecho civil. Teoría y práctica...*, cit. T IV, pp. 319 y ss.

³⁹⁸ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L, *Derecho mercantil de obligaciones...*, cit. p. 595.

³⁹⁹ SALVADOR CORDERCH P, “Comentarios al Código Civil” cit. p.1181.

⁴⁰⁰ BUSTO LAGO JM, “El contrato de arrendamiento de servicios y realización de obras” cit., p. 2904.

la declaración de la renta anual etc.); o como un contrato de tracto sucesivo⁴⁰¹ en aquellos supuestos en los que la prestación haya de ejecutarse a lo largo de un periodo de tiempo de forma continuada⁴⁰² (como por ejemplo management, servicios turísticos, publicitarios, asesoría jurídica o financiera, asistencia técnica continuada, etc.). En este último caso se crea entre los contratantes una relación jurídica llamada a perdurar, concebida para producir sus efectos a lo largo de un período de tiempo, mayor o menor, determinado o indefinido, circunstancia que se refleja en los preceptos del Código Civil (1583, 1584 y 1586) y que además ha sido válidamente admitida por la Jurisprudencia⁴⁰³.

Por su parte la Propuesta del Código Mercantil⁴⁰⁴, también establece que los servicios se pueden contratar por tiempo determinado o indefinido, es más, el contrato lo será por tiempo indefinido a falta de acuerdo, a no ser que del contrato se deduzca un tiempo determinado, (por ejemplo un plazo legal para entregar un informe o dictamen objeto del servicio).

Así las cosas, podemos apuntar que el contrato de gestión de buques comparte con el contrato de arrendamiento de servicios, como rasgos característicos, la posibilidad de ser contratos indefinidos de tracto sucesivo. Pues bien, desde este punto de vista, como ya hemos tenido ocasión de señalar,⁴⁰⁵ el *contrato de gestión de buques* del derecho de los formularios, ordinariamente se pacta con carácter indefinido, así en la póliza SHIPMAN 2009⁴⁰⁶ se establece que el contrato entrará en vigor en la fecha acordada por las partes y continuará hasta que cualquiera de las dos partes lo dé por

⁴⁰¹ Vid. SAP de A Coruña de 16 de septiembre de 2001, que califica la realización de trabajos profesionales de un estudio de arquitectura de Contrato de arrendamiento de servicios como un contrato de tracto sucesivo.

⁴⁰² SANTOS BRIZ J., *Derecho civil. Teoría y práctica...*, cit. p.316.

⁴⁰³ Vid. SSTs de 14/03/1986 y 12/05/1997.

⁴⁰⁴ Vid. www.mjusticia.org Propuesta del Código Mercantil Título III Capítulo I: *De los contratos de prestación de Servicios Mercantiles en general*, art. 531-6 Duración.

⁴⁰⁵ Vid., apartado III.3 de este trabajo.

⁴⁰⁶ Vid. www.bimco.org Formulario SHIPMAN 2009.

concluido, mediante notificación a la otra con un preaviso de dos meses transcurridos los cuales el contrato se da por finalizado.

De este modo al mismo tiempo que se reafirma el carácter duradero del contrato, también se reconoce implícitamente que la prestación esencial del gestor no puede solventarse por medio de una relación esporádica, es decir, no cabe una ejecución instantánea de la prestación sino que aquélla ha de prolongarse en el tiempo, dando lugar a una relación continuada y estable que va a permitir al gestor desarrollar todos los aspectos de la gestión del buque asumidos por medio de la celebración del contrato, de lo que es posible deducir que la actividad responde a una necesidad empresarial duradera: gestionar la explotación del buque para el naviero.

Por tales motivos, estimamos que la duración y la estabilidad de la prestación del gestor del contrato de gestión de buques es perfectamente incardinable con los rasgos característicos del contrato de arrendamiento de servicios mercantiles en el que se prevé que él mismo puede conformarse como de tracto sucesivo y de duración indefinida.

c) Subcontratación de los servicios

La subcontratación del servicio, también denominada como *substitución o delegación* del contrato de servicios, es un supuesto que se contempla en el contrato de *gestión de buques*, del derecho de los formularios (Shipman 2009). La posibilidad que tiene el *gestor* de subcontratar cualesquiera de sus obligaciones, está configurada como un derecho suyo, aunque para ello necesite previamente el consentimiento expreso del naviero, quien no podrá

denegárselo sin motivos justificados y además sin que la existencia de tal autorización exima de responsabilidad al *gestor* frente al naviero⁴⁰⁷.

Ello quiere decir que en el contrato de *gestión de buques*, se está contemplando de manera expresa que el *gestor* podrá hacer intervenir a un tercero, en la ejecución del encargo, con el que contrata – a su vez, como arrendatario o dueño- todo o parte de los servicios que él mismo se obligó a prestar al naviero, y por tanto sin liberarse de los deberes que como prestador del servicio le incumben. De lo anterior, se deduce que el gestor se limita a hacer intervenir en la ejecución del contrato a un tercero, pero sin quedar desligado él mismo de la relación negocial con el naviero, y por tanto asumiendo totalmente la responsabilidad de los actos realizados por el subcontratista. Y por su parte el naviero debe acceder a la subcontratación salvo motivos justificados.

A nuestro modo de ver, esta facilidad para subcontratar que se le concede al *gestor* viene determinada en primer término, por su profesionalidad, que implica que ha de poseer la experiencia suficiente para determinar ante cada circunstancia cual es la mejor forma de satisfacer el interés de su cliente – el naviero- a fin de conseguir una eficiente gestión del buque, y en segundo término, por la confianza que deposita el naviero en la organización del gestor, en su *intuitu instrumenti*, porque la regla general será otorgarle la autorización para que pueda llevar a cabo la subcontratación de aquellos aspectos de la gestión que considere conveniente, y solo en el supuesto de que tenga motivos justificados podrá denegarla. Por lo demás la protección del interés de naviero no sufre menoscabo, toda vez que el gestor asumirá una responsabilidad objetiva por los actos del subcontratista.

⁴⁰⁷Vid. www.bimco.org. Shipman 2009, “16. *Managers’ Right to Sub-Contract. The Managers shall not subcontract any of their obligations hereunder without the prior written consent of the Owners which shall not be unreasonably withheld. In the event of such a sub-contract the Managers shall remain fully liable for the due performance of their obligations under this Agreement*”.

Por otra parte, en la práctica de la gestión de buques, debido a la gran complejidad de la funciones que comprende la gestión, es posible que en algunas circunstancias especiales el *gestor*, subcontrate algunas tareas de carácter técnico que requieren de una tecnología muy específica y avanzada, como por ejemplo cuando se trate de reparaciones importantes del casco del buque, puede ser necesario -porque así lo requiera la sociedad de clasificación- subcontratar a una empresa especializada en la medición de espesores del acero de la estructura del buque, que mediante programas de evaluación analizan la fatiga del buque por desgaste y corrosión del acero, a fin de conocer su estado y determinar en qué partes concretas del casco hay que sustituirlo para prevenir posibles problemas estructurales.

Pues bien, el supuesto de la subcontratación como posibilidad de delegación o sustitución del gestor en la ejecución del encargo, aparece regulada de modo expreso en el Propuesta del Código Mercantil⁴⁰⁸, al establecer el régimen jurídico del contrato de prestación de servicios mercantiles, en términos muy parecidos a los formularios internacionales al uso. El Legislador de la normativa proyectada en la exposición de motivos, hace especial referencia a la posibilidad de subcontratación total o parcial de la actividad objeto del contrato reconociendo que es una práctica muy común en el tráfico, y en su regulación establece que la existencia de la autorización para subcontratar no exime al prestador del servicio de su responsabilidad frente al ordenante. Es decir, que el Legislador aunque prevé la subcontratación, desea que el prestador de los servicios no se desligue de las obligaciones contraídas frente al ordenante del servicio y que por tanto responda de la actuación del tercero subcontratista.

⁴⁰⁸ Vid. www.mjusticia.gob.es Propuesta del Código Mercantil. Art. 531-4 Sustitución del prestador del servicio: *El prestador de los servicios se obliga a desarrollar la actividad objeto del contrato por sí mismo o por medio de sus dependientes. La autorización a subcontratar total o parcialmente la realización de la actividad objeto del contrato no exime al prestador del servicio de su responsabilidad frente al ordenante*”.

Sin embargo, en la regulación vigente, la subcontratación contemplada en el *contrato de gestión de buques*, solo tiene encaje por aplicación analógica en algunos preceptos del CCo respecto de la comisión, o del contrato de agencia, y en el CCv en relación con el Mandato.

En este sentido⁴⁰⁹ podemos recurrir a lo dispuesto en los arts. 261 y 262 del CCo., así podemos observar que en el contrato de comisión se parte del supuesto que el Comisionista tiene un deber de actuar personalmente en el desempeño del encargo, y no podrá delegarlo sin previo consentimiento del comitente, es decir se establece un régimen de delegación prohibida, pero susceptible de autorización. Algunos autores consideran que el “*intuitus personae*” es el motivo por el que el Código exige con carácter general que sea el propio comisionista, quien desempeñe el encargo que le ha sido conferido, ejecutando, por sí mismo, el acto o negocio de realización de la comisión⁴¹⁰. Pero a pesar de ello, se prevé la posibilidad de que el comisionista pueda auxiliarse de otras personas en la realización de la comisión, así en el citado art. 262 regula las consecuencias de los actos realizados por los sustitutos cuando sea el comitente quien los ha elegido, estableciéndose, en ese caso, que éste responderá de las gestiones del sustituto⁴¹¹; por consiguiente el criterio seguido en este supuesto concreto por el Código de Comercio en el contrato de Comisión sobre la responsabilidad del sustituto en caso de elegirlo el comitente, es prácticamente el mismo que

⁴⁰⁹ VALPUESTA GASTAMINZA E, “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios” cit., p.326, GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *Derecho Mercantil de obligaciones...*, cit., p.607. El CCo/1885 contiene preceptos (art. 261 y 262) que podrían ser de aplicación al contrato de arrendamiento de servicios, cuando sea mercantil, incluso aunque haya que recurrir a la analogía cuando la actividad objeto del contrato pueda desarrollarla el arrendador de servicios por medio de sus auxiliares.

⁴¹⁰ URÍA GONZÁLEZ/MENÉNDEZ MÉNENDEZ/ ALONSO SOTO, “Contratos de colaboración”, cit., p. 158; ANGULO RODRIGUEZ LUÍS, “El contrato de comisión”, en AA.VV.: *Derecho Mercantil Contratación mercantil Vol. 5º*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ G/ DÍAZ MORENO (Coords) 15ª ed. Marcial Pons, Madrid 2013, p. 112; VICENT CHULIA, F, *Compendio critico...*, T.II, cit., p 300.

⁴¹¹ VICENT CHULIA, F, *Compendio Critico...*, cit., T.II, 3ª ed., p. 300.

como criterio general se establece en el *contrato de gestión de buques* al corresponderle siempre al *gestor* elegir al subcontratista.

Sin embargo, parece, que el Código está pensando en un sustituto al que solo se le puedan encomendar tareas de índole menor -operaciones subalternas- en relación con la ejecución del encargo⁴¹², mientras que en el *contrato de gestión de buques* la posibilidad que se le que concede al *gestor* no está sometida a ninguna restricción en relación con el tipo de tareas objeto de subcontratación, posiblemente porque gran parte de ellas son de carácter técnico-náutico. Por consiguiente, quizás tendría un mejor encaje aplicar –por vía analógica- lo dispuesto en el art.5 de la Ley del Contrato de Agencia, que contempla de un modo más directo y sin las restricciones de la comisión, la posibilidad de que el agente se sirva de sus dependientes o subagentes para desarrollar su actividad⁴¹³, estableciéndose en este último caso que el agente responderá de la gestión de aquél, criterio de responsabilidad semejante al del *gestor de buques* en caso de subcontratación de servicios.

Por otra parte, como quiera que, la posibilidad de delegación o sustitución⁴¹⁴ también aparece en el contrato de mandato regulado en el Código Civil, queremos hacer referencia al criterio que recoge el art.1721:

“El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto: 1º Cuando no se le dio la facultad para nombrarlo. 2º Cuando se le dio esta facultad,

⁴¹²SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, cit., p.216.

⁴¹³GARCÍA PITA Y LASTRES J.L., *Derecho mercantil de las obligaciones....*, cit. p.608. El autor considera que en los contratos mercantiles de servicios, en caso de subcontratación del servicios: *es preferible aplicar por vía analógica el régimen del art. 5 de LCA que directamente contempla el desarrollo de las gestiones del agente, por sus dependientes, sin que ello constituya ninguna irregularidad, toda vez que se ha pasado del “intuitu personae” puro, al “intuitu industriae seu instrumenti”*.

⁴¹⁴Vid STS de 14 de diciembre de 1943, El Tribunal diferencia : *“la sustitución en sentido propio, en que el mandatario obrando en nombre del mandante en virtud de las facultades por éste conferidas, con o sin designación de la persona del sustituto, traslada a otro esas facultades de que fue investido con el efecto de quedar desligado del mandato y puesto en su lugar el sustituto; sin embargo en la sustitución delegada (subapoderamiento), el mandatario hace intervenir a un tercero” en el negocio objeto del mandato, sin desligarse de sus relaciones jurídicas con el mandante...*” En el caso que nos ocupa estaríamos ante una sustitución delegada.

pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente....”

En este precepto se reconoce el derecho del mandatario a delegar el mandato, salvo prohibición expresa del mandante⁴¹⁵. En principio se establece un régimen de delegabilidad o sustitución mucho más flexible que el contemplado en la legislación mercantil referenciada⁴¹⁶. Algunos autores⁴¹⁷ justifican esta flexibilidad sobre la base de una mayor eficacia práctica, ya que la idea de fungibilidad en la gestión dota de una agilidad al contrato que no puede ser obtenida sobre las bases del *intuitu personae* y confianza a ultranza, porque al mandante lo que le interesa es que se realice efectivamente la gestión encomendada.

No obstante a pesar de que el Código Civil tiene un régimen que facilita la delegación del servicio y que en principio puede parecer más ágil a la hora de que el prestador de los servicios pueda llevar a la práctica la subcontratación de un servicio, sin embargo el sistema de responsabilidad previsto en el art 1.721 del CC, no nos parece que sea el más apropiado para aplicar por analogía al supuesto de subcontratación previsto en el contrato de gestión de buques, pues aunque establece la responsabilidad del mandante por la gestión del sustituto, parte de una responsabilidad más apegada a la idea de culpa al vincularla a las condiciones de incapacidad o insolvencia del

⁴¹⁵ , SANTOS BRIZ, J, *Derecho civil. Teoría y práctica...*, cit., p.323.

⁴¹⁶ SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil* Vol. II, cit., p. 216; URÍA GONZÁLEZ/MENÉNDEZ MENÉNDEZ/ALONSO SOTO; “Contratos de colaboración” cit. p. 158; GARCÍA PITA Y LASTRES J.L *Derecho Mercantil de obligaciones...*, cit., p.149. El régimen del art. 261 se inspira en un criterio opuesto al que se recoge el art. 1721 CC, porque éste precepto reconoce al Mandatario el derecho a delegar el mandato, salvo prohibición expresa del Mandante; dicho de otro modo: en el Derecho Mercantil la indelegabilidad es un elemento natural del Contrato de Comisión, mientras que el “*naturale negotii*” del mandato civil es, precisamente, la delegabilidad.

⁴¹⁷ Vid. LEÓN ALONSO J.R., *Comentario al Código Civil*, Dir., C PAZ-ARES/R. BÉRCOVITZ/L DIEZ PICAZO/P. SALVADOR, T II Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica. Centro de Publicaciones Madrid, 1993, 2ª edición, sub. art. 1721-1722, p 258.

sustituto⁴¹⁸. Mientras la legislación mercantil (arts. 262 del CCo y 5 LCA) más acorde con las necesidades del tráfico actual, recoge un auténtico principio de responsabilidad del deudor por sus auxiliares de carácter objetivo, al no ser necesaria, la culpa del comisionista o del agente para imputarle responsabilidad derivada de la actuación de sus auxiliares. Por consiguiente, a nuestro modo de ver, el mencionado sistema de responsabilidad previsto en la legislación mercantil resulta más adecuado y se asemeja mucho más a la responsabilidad de carácter también objetivo que se exige al *gestor de buques* en caso de subcontratación de algunos de los servicios encomendados.

d) La determinación de la prestación

d.1. Criterios de comportamiento y diligencia a los que debe adecuarse la prestación de servicios en ambos contratos

Como ya hemos avanzado, el contrato mercantil de servicios es un contrato de “facere”, en el que el prestador pone a disposición del cliente sus servicios profesionales, los cuales debe llevar a cabo con la “diligencia debida”. Pues bien para conocer el alcance de esta exigencia, que no está recogida de forma específica en ningún artículo del Código de Comercio ni del Código civil, deberemos en principio remitirnos al módulo de diligencia general que recoge el art. 1104 del Código Civil y que está presente en toda obligación de hacer:

*“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.
Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.”*

⁴¹⁸VAQUERO PINTO M J., *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, ed. Comares, Granada 2005, p. 496.

Como se puede apreciar en el párrafo segundo, se recoge el modelo de conducta abstracto y universal del buen padre de familia, caracterizado por su no profesionalidad cuya aplicabilidad responde a un modelo objetivo al que todos pueden acceder y, por lo mismo, universalmente exigible⁴¹⁹.

De todas formas, el modelo de conducta del buen padre de familia parece ocupar una posición meramente referencial⁴²⁰ ya que, en virtud del párrafo primero, la diligencia exigible deberá ser integrada en cada caso atendiendo a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias concurrentes.

Por tanto puede deducirse que la referencia principal utilizada por el art.1.104 del CCv para establecer el modelo de conducta se sitúa en la naturaleza de la obligación y en las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, es decir que no basta el módulo del “*bonus parter familias*” sino que habrá que recurrir a un modelo distinto, especialmente en el caso de los arrendamientos de servicios profesionales⁴²¹.

Este modelo, según la naturaleza de la obligación o del servicio o actividad, está representado por todo un conjunto de normas o reglas no necesariamente jurídicas, sino técnico/profesionales, científicas, deontológicas, corporativas, etc., específicas de determinadas profesiones, oficios o artes⁴²². Es decir un modelo de conducta profesional que aunque no se menciona expresamente en el citado artículo 1.104 parece que lo está

⁴¹⁹CARRASCO PEREA, A., *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, Dir. por M. ALBALADEJO T. XV Vol. 1º, Revista de Derecho Privado, Madrid 1989, art. 1.104. p 610.

⁴²⁰ VAQUERO PINTO Mª J., *El arrendamiento de servicios...*, cit., p.504.

⁴²¹ BELTRÁN E/ORDUÑA J/ CAMPUZANO A., *Curso de Derecho Privado...*, cit. p.606; GARCÍA -PITA Y LASTRES J.L., *Derecho Mercantil de obligaciones...*, cit. p. 61.

⁴²²BELTRÁN M./ ORDUÑA F.J./CAMPUZANO A.B., (Dir.), *Curso de Derecho Privado...*,cit. p 599.

admitiendo implícitamente, al hacer supletorio el del *buen padre de familia* en su apartado segundo⁴²³.

Pues bien, si partimos de que el prestador de los servicios ha de actuar conforme a un modelo de conducta profesional, hemos de tener presente que ha de prestarlos conforme a *lex artis* o reglas de la profesión, oficio o arte, propios de la actividad encomendada. Aunque es preciso indicar que el contenido específico de la *lex artis* no siempre es sencillo de delimitar⁴²⁴, porque a lado de criterios más o menos objetivos o reglados de lo que pueda entenderse por buena práctica de una profesión, oficio o arte, existirá una percepción social de lo que es buena o mala práctica, y no siempre reducibles a consideraciones de carácter técnico⁴²⁵. Así en algunas resoluciones jurisprudenciales⁴²⁶ existe una tendencia a equiparar la expresión *lex artis* con el íntegro modo de conducta profesional, en lugar de restringirla al modelo de actuación técnica, y se hace referencia a ella como fuente de una serie de deberes o pautas de conducta que se imponen al profesional, y cuya violación es susceptible de originar el incumplimiento de la obligación y el juicio de responsabilidad; si bien debe tenerse en cuenta que la consideración de *lex artis* como fuente de deberes de conducta, no constituye una tendencia consolidada, ya que otras resoluciones jurisprudenciales⁴²⁷ diferencian la correcta aplicación de la técnica y, de otros deberes – tales como la obligación de información y confidencialidad- a que está sujeto el prestador de los servicios.

⁴²³CARRASCO PEREA, A, “Comentarios al Código Civil” T XV-1º art. 1104 cit., p. 506.

⁴²⁴RAGEL SÁNCHEZ L. F., *Manual de Derecho Civil, Derecho de obligaciones y contratos...*, p.563; GARCÍA -PITA Y LASTRES J.L., *Derecho Mercantil de obligaciones...*, cit., p. 613.

⁴²⁵VAQUERO PINTO M J, *El arrendamiento de servicios...*, cit., p. 509, La autora hacer referencia a una definición en sentido amplio de la *Lex artis* proporcionado por OROZCO PARDO en AA.VV. El ejercicio en grupo de profesionales liberales, Universidad de Granda 1993 pp511-561, “*Lex artis: el conjunto de reglas de contenido ético, científico y técnico que debe observar el sujeto en el desarrollo de su actividad profesional, de acuerdo a las circunstancias y factores presentes en cada caso concreto, y cuyo grado de cumplimiento sirve de criterio de valoración e imputación de responsabilidad por el resultado de su actuación*”.

⁴²⁶STS 28 de junio de 1997; 19 de febrero de 1998.

⁴²⁷STS 25 de abril de 1994; 31 julio de 1996.

Así mismo se considera⁴²⁸ que en el modelo de conducta profesional junto con la *lex artis*, deben tenerse en cuenta además otros factores, tales como la deontología profesional – disciplina del *honeste agere* común y universal-, los juicios de valor social sobre la corrección de la conducta desplegada, de forma que la diligencia profesional⁴²⁹ debe entenderse, de un lado, en el sentido de aplicar los estándares y protocolos que son propios de la rama de la ciencia o técnica en la que se enmarca el servicio prestado, debiendo adecuarse la conducta desarrollada en la prestación del servicio al estado de la ciencia en el momento en que se realice, así como a las técnicas que resulten conocidas⁴³⁰ y, de otro, que además, se haya aplicado con el cuidado debido por un profesional medio⁴³¹, según las circunstancias concurrentes, en casos análogos⁴³².

Pero, más aun, cuando el prestador de los servicios tiene la condición de empresario mercantil, -como ocurre con el *gestor* del contrato de gestión naval-, ha de sumarse al citado criterio del *buen hacer o lex artis*, que se vincula al tipo de actividad a la que pertenece el servicio, la diligencia y probidad que se espera de quien es empresario⁴³³.

Precisamente por esta cualidad de empresario, cuando acepta el encargo de realización de ciertos servicios o actividades, lo hace con pleno conocimiento de que se trata de una actividad técnica o profesional –más o menos- compleja, obligándose a realizarla con un nivel de diligencia y profesionalidad propia a la que pertenezca la actividad prometida. Para ello,

⁴²⁸VAQUERO PINTO M^a J., *El arrendamiento de servicios...*, cit. p.507.

⁴²⁹LUCAS FERNÁNDEZ F *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, Dir. por M. ALBALADEJO T. XX Vol. 2^a Revista de Derecho Privado, Madrid 1986, p. 50.

⁴³⁰SSTS de 22/02/ 1978 y de 26/05/1986

⁴³¹SANTOS BRIZ J., *Derecho Civil . Teoría y práctica...*, cit., p.318.

⁴³²DIEZ-PICAZO L, “Comentario del Código Civil., Dir. por C PAZ-ARES/BÉRCOVITZ/ DIEZ-PICAZO/ SALVADOR, T. II, Ministerio de Justicia. Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid 1993,2^a ed., p. 437.

⁴³³URIA GONZÁLEZ R/ APARICIO M^a L., *Derecho Mercantil...*, .cit., p. 43.

no es necesario que el prestador tenga la cualificación suficiente para realizar la actividad ofrecida, sino que, mediante su propia organización o comunidad de trabajo que es su “empresa”, pueda disponer de los técnicos o profesionales debidamente cualificados que aporten el grado de pericia requerido para realizar los servicios encomendados, quedando aquél implícitamente obligado con ese mismo grado de pericia en el cumplimiento de la obligación asumida⁴³⁴. Por tanto, puede afirmarse que el empresario prestador de servicios cumple la obligación de realizar el servicio con la diligencia y profesionalidad que se le exige mediante el acceso y sometimiento a la *lex artis/pericia* de los profesionales y técnicos vinculados a su empresa.

Por otra parte, el modelo de conducta profesional igualmente impone al prestador de los servicios prestarlos no solo conforme a lo pactado, sino también con todas las consecuencias que se deriven de la buena fe, el uso y la ley de acuerdo con lo previsto en art. 1258 del CCv⁴³⁵, a lo que habría que añadir, en el supuesto de los contratos mercantiles de servicios, lo dispuesto en el art. 57 de CCo, de cuyos términos se deduce que, las partes han de ejecutar y cumplir el contrato de buena fe, lo que ha de interpretarse como un deber de lealtad de comportamiento en la actuación de las partes respecto de la ejecución y cumplimiento del contrato. Y además han de respetar los términos exactos en que fuere redactado el contrato que no podrán ser arbitrariamente restringidos, es decir, que para el legislador mercantil los principales criterios interpretativos de los contratos mercantiles han de ser la buena fe de las partes en su ejecución y cumplimiento y el respeto por la exactitud de los términos en que fue redactado⁴³⁶.

⁴³⁴SANTOS BRIZ J., *Derecho Civil. Teoría y práctica...*, T. IV, cit., p.323; GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L. *Derecho Mercantil de obligaciones...*,cit. p. 615.

⁴³⁵SANTOS BRIZ J., *Derecho Civil. Teoría y práctica...*, T. IV, cit., p. 23.

⁴³⁶GARCÍA -PITA Y LASTRES J.L., “El contrato mercantil de servicios”, cit., pp. 332-333.

Este criterios de comportamiento y diligencia, tal y como ya hemos reseñado⁴³⁷, aparecen reflejados en el contrato de gestión de buques de Derecho de los formularios, así en la Póliza Shipman 2009⁴³⁸ se exige al gestor que en el ejercicio de sus funciones debe actuar lo mejor posible (*use his best endeavours*) y debe prestarlas de acuerdo con las buenas prácticas de administración de buques (*sound management practice*).

d.2 La discrecionalidad del prestador, en el contrato de arrendamiento mercantil de servicios y en contrato de gestión de buques.

Existen distintas razones que permiten justificar que en los contratos de servicios la independencia prestacional o discrecionalidad del prestador en la prestación de su actividad puede ser formulada como una regla general⁴³⁹. En primer término, la profesionalidad del prestador, como reconocimiento de un espacio de autonomía y discrecionalidad técnica, que le permite, dentro de ciertos límites, concretar el servicio que presta. En segundo lugar, el arbitrio del prestador, apoyado precisamente en su profesionalidad, supone la posibilidad de elegir entre distintas soluciones (cuál, como, y cuándo), todas correctas según el modelo de conducta vinculante, siempre y cuando la satisfacción del acreedor quede garantizada por el cumplimiento de cualquiera de ellas⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Ver apartado III.1 de este trabajo.

⁴³⁸ Vid. www.bimco.org SHIPMAN 2009, cláusula 3 y 8 Authority of the Managers undertake to use their best endeavours... in accordance with sound ship management practice.

⁴³⁹ BADOSA COLL F *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1987. p. 60; VAQUERO PINTO M^aJ. *El Arrendamiento de servicios mercantil...*, cit., p. 978.

⁴⁴⁰ VAQUERO PINTO M^aJ, *El arrendamiento de servicios...*, cit. p 531 Considera que los contratos de “gestión dirigida” la discrecionalidad del acreedor es la regla general, mientras en los contratos de arrendamientos de servicios la regla general es el arbitrio del prestador en la determinación del servicio (*favor debitoris* y profesionalidad del deudor.. CASTAN VÁZQUEZ J. M^a, “El favor debitoris” en el Derecho español”, *ADC* 1961, pp. 835-850. Atribuye al prestador la posibilidad de elegir la prestación que considere más conveniente para el cumplimiento adecuado de la obligación debida.

De todos modos, el margen de independencia prestacional del prestador debe conciliarse con un cierto margen de discrecionalidad atribuido al cliente o principal (instrucciones)⁴⁴¹. Esta conciliación es necesaria para coordinar la determinación del servicio y la ajenidad propia de todo contrato de servicios. Así el servicio se determina en un primer momento mediante la indicación de una finalidad más o menos genérica (defensa jurídica, asesoramiento, consulting, o en el contrato objeto de estudio: management/administración del buque) identificable con la mínima exigencia de concreción inicial de la prestación (lo que se podría identificar con la “especie” del art. 1273 CC). Pero aunque se realice una descripción bastante detallada de los servicios que comprende la prestación, en la mayoría de los casos, resulta imposible determinar *a priori* todos los detalles de la actividad jurídicamente debida, porque la satisfacción del interés del principal se consigue mediante la adopción de resoluciones variables en función de las incidencias que se vayan produciendo por el desarrollo de los acontecimientos; porque el margen de indeterminación puede ser muy variado según la naturaleza del servicio o características del sector profesional de que se trate.

Así por ejemplo si el margen de circunstancias variables pueden ser bastante amplio en un contrato management empresarial de una empresa terrestre, éste se acentúa en el caso de la administración del buque, porque que, además, hay que añadirle que la actividad de navegación, -que en el argot marítimo también se denomina “*aventura marítima*”-, se realiza en un medio hostil como es el mar, lo que implica mayores riesgos e incertidumbres⁴⁴², de hecho, en el formulario SHIPMAN se contempla expresamente como causa

⁴⁴¹ VAQUERO PINTO M^a J, *El arrendamiento de servicios....*, cit., p. 520.

⁴⁴² GABALDÓN GARCÍA J.L./RUIZ SOROA J.M^a, *Manual de Derecho de la Navegación...*, cit. p. 4, “... las particularidades técnicas de la navegación marítima dieron lugar a las correspondientes especialidades en el campo de lo jurídico. Para hacer frente a la mayor magnitud de los riesgos aparecen figuras e instituciones que tienden a su distribución entre las partes intervinientes en la aventura: Avería gruesa, fortuna de mar, limitación de responsabilidad....etc.”.

de extinción del contrato la pérdida del buque, bien por hundimiento o por pérdida económica⁴⁴³ en caso de siniestro grave⁴⁴⁴.

Así las cosas, el principal puede especificar el encargo genérico contenido en el contrato *a posteriori*, cuando la información de que disponga lo permita, a través de las instrucciones oportunas si lo considera conveniente⁴⁴⁵. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el poder de emitir instrucciones se sujeta en todo contrato de servicios a una serie de límites. El primer límite, es la autonomía decisoria del prestador o independencia profesional, porque las instrucciones permiten especificar el encargo pero no el procedimiento por el que debe ser ejecutado. En segundo lugar, actúa como límite la inmutabilidad del encargo contenido en el contrato, compatible con un *ius variandi*⁴⁴⁶ del principal respecto de las determinaciones accesorias de la prestación, pero no respecto a la esencia de la misma⁴⁴⁷. Y por último, debe tenerse en cuenta la diligencia propia de la actividad objeto de prestación, que actúa como un importante límite en la medida en que permite definir el ámbito de discrecionalidad del principal⁴⁴⁸.

⁴⁴³GABALDÓN GARCÍA, J.L./RUIZ SOROA J.Mª, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima...*, cit. p.896. La pérdida económica, también denominada por influencia de la terminología inglés pérdida constructiva, es decir, aquella en la que aun no habiéndose perdido físicamente el buque, su reparación o rehabilitación conlleva un coste económico tal que permite considerar el caso como de pérdida del interés en su contenido patrimonial. Este coste viene fijado en nuestro Derecho en las tres cuartas partes del valor asegurado (art. 789 CCo).

⁴⁴⁴ Vid www.bimco.org cláusula 22 c) Shipman 2009 “*Extraordinary Termination. This agreement shall be deemed to be terminated in the case... if the Vessel becomes a total loss or is declared as a constructive total loss*”

⁴⁴⁵ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., “El contrato mercantil de servicios”, cit., p. 333, se refiere a la obligación del prestador de servicios, no sólo a desarrollarlos, sino también de obedecer las órdenes de su cliente.

⁴⁴⁶ DIEZ PICAZO L., “Las variaciones en el contrato de obra y en las obras contratadas” libro homenaje al profesor José Beltrán Heredia y Castaño, Ediciones de la Universidad de Salamanca 1984 p. 150 se refiere como primer límite del *ius variandi*, a la imposibilidad de llegar a un aliud opus. El *ius variandi* está limitado por el concepto mismo de las variaciones.

⁴⁴⁷ SALVADOR CORDERCH, P., *Comentario del Código Civil*,. Art. 1593-1594, cit., pp., 1201 y ss. En este sentido, cabe destacar la defensa que el autor realiza sobre el *ius variandi* del comitente, aunque no se haya reservado mediante pacto expreso: se justifica por las mismas razones que la facultad de desistimiento del arrendamiento de obra del art. 1594 CC: el comitente es, literalmente el dueño de la obra y si puede desiste de ella, aún comenzada, podrá también exigir la introducción, al menos en cierta medida, de cambios en su realización.

⁴⁴⁸ VAQUERO PINTO Mª J., *El arrendamiento de servicios...*, cit., p. 523.

Como ya hemos indicado, en los contratos de servicios, la noción de diligencia está en íntima conexión con la aplicación de las normas reguladoras del correcto ejercicio profesional. La idea de la profesionalidad permite, por sí sola, explicar el juego de tal límite, pues cuando el prestador del servicio se vincula contractualmente en un sector profesional, lo hace con sujeción a las reglas de tal sector que son las que le permiten determinar “la prestación propia” del servicio comprometido y es el primer interesado en observar aquéllas. Esta idea parece que subyace en el Proyecto del Código Mercantil⁴⁴⁹, al regular el contrato de prestación de servicios mercantiles, cuyo artículo 513-2.2, en términos muy similares a lo dispuesto para el contrato de agencia, recoge:

“Que el prestador del servicio...asimismo deberá desarrollar su actividad conforme a las instrucciones razonables recibidas del ordenante, con tal de que no supongan una variación de la prestación convenida o una intromisión en el ámbito de su profesión, oficio o arte”.

Ello puede interpretarse como la plasmación positiva del límite que supone la diligencia profesional, porque normalmente las desviaciones de la normas de comportamiento profesional producen perjuicios tanto al principal como al profesional. Así por ejemplo en el *contrato de gestión de buques*, cuando el *gestor* tiene asignada la función técnica y ejerce como “*compañía*” (Conforme al Código IGS asume la operativa del buque) en el supuesto que el Capitán del buque, le informe de daños estructurales por corrosión debe comunicarlo a la sociedad de clasificación y al naviero, y éste no puede pretender en ningún caso que no traslade tal información a la sociedad de clasificación, porque eso sería ir en contra del modelo profesional de actuación del *gestor* y conllevaría, en el supuesto de no reparar tales daños conforme a

⁴⁴⁹Ver www.mjusticia.gob.es Propuesta de Código Mercantil de 17 de junio de 2013, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Título III, Capítulo I, De los contratos de prestación de servicios mercantiles en general. Art. 531-2.2 Obligaciones del Prestador de servicios.

los criterios de la sociedad de clasificación, que en caso de averías por dicho motivo, la compañía aseguradora declinará hacerse cargo de la reparación.

Por consiguiente, puede afirmarse que el prestador no puede actuar relegando las reglas reguladoras de su actividad profesional⁴⁵⁰. Ciertamente la ajenidad del contrato de servicios permite al principal definir el interés perseguido, pero no justifica la vulneración del modelo de diligencia a que está sujeta la actuación profesional del prestador de los servicios.

Así las cosas, algunos autores⁴⁵¹, defienden la discrecionalidad del prestador como rasgo característico del contrato de servicios, basándose en que el principal recurre a este tipo de contratos porque confía en la experiencia y profesionalidad del prestador. Esta profesionalidad es lo que permite al prestador una mayor discrecionalidad en la determinación del servicio y posibilidad de elegir las opciones más idóneas, precisamente, porque el prestador es quien se encuentra en mejor situación para valorar aquello que ha de realizar en favor de su cliente, sobre todo, cuando se trata de un experto en el tráfico concreto en que se ha desarrollado la contratación.

Así, a lo largo de nuestro estudio, hemos señalado que en un primer momento el *contrato de gestión del buques*, nace como consecuencia de diversos cambios estructurales habidos en la economía del transporte

⁴⁵⁰BELTRÁN M./ ORDUÑA F.J./CAMPUZANO A.B., *Curso de Derecho Privado...*,cit.. p.605. La responsabilidad del prestatario del servicio se mide en relación a las reglas de la ciencia, el arte o la profesión que desempeña; VAQUERO PINTO M^a J, *El arrendamiento de servicios...* cit. p.530-531 La autora también considera el prestador no puede prescindir de las reglas reguladoras de su profesión. Así, por ejemplo, puede el cliente de un abogado empeñarse en iniciar un pelito carente de sentido, según el criterio de éste, como maniobra dilatoria; si bien no puede pretender en ningún caso el desenvolvimiento de una mala defensa.

⁴⁵¹LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/ LUNA SERRANO/ DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ/RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, Vol. II, cit. pp. 207- 208, "... el profesional, en principio, trabaja bajo su propia dirección sin someterse al criterio del que encarga los servicios...", VAQUERO PINTO M^a J, "El arrendamiento....," cit. p 532-533 Considera que los contratos de "gestión dirigida" la discrecionalidad del acreedor es la regla general, mientras en los contratos de arrendamientos de servicios la regla general es el arbitrio del prestador en la determinación del servicio (*favor debitoris* y profesionalidad del deudor).

marítimo internacional a partir de los años setenta, en los que distintos acreedores inexpertos en el negocio marítimo adquirieron sectores importantes de flota por lo que recurrieron a profesionales especializados para que les asistieran en todas o en parte de las actividades relacionadas con la compleja explotación del buque, y su posterior evolución sigue relacionada con la necesidad de recurrir a profesionales expertos en la explotación del buque, debido a que el naviero se encuentra ante una legislación cada vez más exigente con la seguridad de la navegación, del buque y del medio ambiente. Por ello, entre los aspectos más demandados en relación con la explotación del buque, - tal y como reconoce BIMCO y la Comisión Europea⁴⁵²- está la gestión técnica, precisamente por la necesidad de implementar en la administración del buque los estándares y protocolos de seguridad aprobados por OMI -los Códigos IGS y PBIP-, que constituyen esencialmente actos materiales de carácter técnico-náutico relativos gestión operativa del buque.

Por consiguiente, el criterio del arbitrio o libertad del prestador en la realización de su actividad pudiera indicar una nota típica del contrato de servicios que coadyuve a diferenciarlo del contrato de comisión donde la regla general parece constituida por la determinación del procedimiento de ejecución al arbitrio del comitente mediante el juego de sus instrucciones según se deduce de los arts. 254-256 del CCo.

Es más, como ya hemos adelantado, este rasgo característico del contrato de servicios mercantiles aparece reflejado en la Propuesta de Código Mercantil⁴⁵³, al regular en el contrato de prestación de servicios mercantiles,

⁴⁵²Vid. www.bimco.org/chartering/documents/shp_MANAGEMENT/Shipman2009. BOE01/12/2011 Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC nº 397/09/COL de 14 de octubre de 2009.

⁴⁵³Vid. www.mjusticia.gob.es Propuesta de Código Mercantil de 17 de junio de 2013, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Título III, Capítulo I, De los contratos de prestación de servicios mercantiles en general: art.5 31-2. *Obligaciones del prestador de servicio. 1. El prestador del servicio deberá realizar la actividad objeto del contrato con la diligencia exigida por la índole de aquél y conforme a las reglas de la correspondiente profesión, oficio o arte. 2. Asimismo deberá desarrollar su actividad conforme a las instrucciones razonables recibidas del*

las obligaciones del prestador, donde al mismo tiempo que se le concede al prestador de servicios libertad de iniciativa para realizar la actividad conforme a las reglas de su profesión, se reconoce la posibilidad de que quien los contrata formule instrucciones que han de ser atendidas, con tal que no supongan intromisión en la actuación profesional. Este veto a las intromisiones en el ámbito profesional que contiene la Propuesta, consagra la independencia en los modos de articular el servicio o “independencia prestacional”. Es decir, que la norma propuesta resalta el criterio del arbitrio del prestador en la prestación de su actividad como nota definitoria del contrato de servicios mercantiles en general.

Sin embargo, la Propuesta del Código de Comercio, cuando regula los derechos y obligaciones del comisionista del contrato de comisión⁴⁵⁴, en cuanto al desempeño de la comisión, establece como regla general que el comisionista deberá atenerse necesariamente a las instrucciones recibidas por el comitente, y en el supuesto especial de que estuviera autorizado a actuar según su criterio, no se hace referencia expresa a su profesionalidad, ni a las reglas de propias su profesión, por ello tampoco se recoge ninguna posible limitación de las instrucciones del comitente en relación con el ámbito profesional del comisionista, por el contrario se mantienen las mismas reglas generales en la forma de llevar a cabo el encargo que las recogidas en el actual Código de comercio.

De ello podría deducirse que en la Propuesta del Código de comercio, la discrecionalidad del prestador del servicio constituye la regla general en el

ordenante, con tal de que no suponga una variación de la prestación convenida o una intromisión en el ámbito de su profesión, oficio o arte.

⁴⁵⁴ Vid. www.mjusticia.gob.es Propuesta de Código Mercantil de 17 de junio de 2013. Título IV, Capítulo I Del contrato de comisión. Art. 541-4 *Desempeño de la comisión... 2.En el desempeño de la comisión, el comisionista deberá atenerse necesariamente a las instrucciones recibidas del comitente... En ningún caso podrá el comisionista proceder contra disposición expresa del comitente..... 4 Si el comisionista estuviere autorizado para actuar según su criterio... hará lo que le dicte la prudencia y sea más conforme a los usos aplicables y a las exigencias de la buena fe, cuidando el negocio como propio.*

contrato de prestación de servicios mercantiles y en el contrato de comisión la regla es precisamente la contraria: discrecionalidad del comitente.

En definitiva de todo lo expuesto, podemos ir apuntando, que el contrato de gestión de buques por su estructura y organización, se asemeja o participa de alguna manera de la naturaleza de los contratos de arrendamiento mercantil de servicios⁴⁵⁵. Si bien es cierto, que no todas las prestaciones que pueden ser objeto del contrato son susceptibles de encajar en esta figura, consideramos que de las funciones que ya hemos reseñado⁴⁵⁶ podrían encajar dentro de las prestaciones propias del contrato mercantil de prestación de servicios, todo lo referente a la *gestión técnica* que comporta entre otros servicios, que el *gestor* ha de ocuparse de tareas tales como, planificación y supervisión de los trabajos de mantenimiento y piezas de repuesto de manipulación, llevar a cabo reparaciones, procurar los pertrechos y suministros para el buque. También proporcionar una supervisión continua y auditoria del buque para asegurar el cumplimiento de los Códigos IGS, PBIP, así como el acatamiento de las exigencias derivadas de la Clase requeridas por la Sociedad de Clasificación, y comprobar que su documentación cumple con el Estado de Bandera y con la reglamentación nacional e Internacional que sea aplicable; nombrar inspectores y asesores técnicos que se consideren necesarios para las tareas encomendadas; así como supervisar, en caso de compraventa, la operación y la entrega física del buque al comprador⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ ARROYO MARTÍNEZ I, *Compendio de Derecho Marítimo*, Ed. Tecnos, Madrid 2002, p. 98, también en *Curso de Derecho Marítimo...*, cit. p. 313. El autor considera que la relación contemplada entre naviero y gestor se acerca a la naturaleza propia de un contrato de servicios, aunque ciertamente esta orientación no deje de plantear las dificultades derivadas de la insuficiente disciplina del arrendamiento de servicios en nuestro Código civil. En igual sentido GÓRRIZ LÓPEZ C., “Análisis comparativo entre los acuerdos SHIPMAN”, cit., p. 423 que estamos en presencia de un arrendamiento de servicios.

⁴⁵⁶ Vid. apartado II.4.2.1. de nuestro trabajo.

⁴⁵⁷ BRANCH A., *Elements of shipping...*, cit., p. 483.

En resumen los servicios descritos tienen como objetivo la gestión de la seguridad y navegabilidad técnica y operativa del buque, y son habitualmente llevadas a cabo por el Departamento Técnico de inspección y seguridad de la empresa de *gestión de buques*, formado por un equipo de profesionales altamente cualificado y especializado, que se encarga de que su ejecución y coordinación bajo estándares seguros y confiables, de modo que la gestión operativa del buque pueda ser llevada a cabo de manera ágil y eficiente.

IV.2.2. Gestión de la dotación como contrato de comisión mercantil

El contrato de comisión se considera por muchos como el “contrato tipo” de la intermediación mercantil, porque integra la regulación básica de toda relación en la que se encargue a un sujeto la realización de una operación mercantil con trascendencia jurídica⁴⁵⁸. Además, también es un contrato ampliamente regulado en diversos Códigos europeos aunque con notables diferencias de índole formal, sistemática y objetiva⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. *El mandato y la comisión mercantil*, cit., pp.45 y ss. BROSETA PONT M./MARTÍNEZ SANZ F., *Manual de derecho Mercantil* Vol. II, 20ª Ed., Tecnos Madrid 2013, pp.111 y ss.; GARCÍA LUENGO R, “ El contrato de comisión”, cit., pp. 165 y ss.; GARRIDO, J.Mª, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Civitas, 1994, pp. 54 y ss.; GARRIGUES J,” Mandato y Comisión mercantil en el Código de Comercio y en el proyecto de reforma” R.C.D.I. (1928) p. 801, VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, cit., pp. 283 y ss.; VINCENT CHULIA F., *Introducción al derecho mercantil...*, T. II, cit. p. 1627; GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *Derecho Mercantil de Obligaciones...*, cit., p 36.; “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. III, ed. Civitas, 1996 pp. 2817 y ss. : “.....El contrato de comisión es un típico contrato de colaboración; el verdadero contrato tipo de la intermediación mercantil.....”

⁴⁵⁹ Vid. GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L. *Derecho Mercantil de Obligaciones...*, cit., p 37 y ss. El autor nos das una amplia visión de este contrato en el Derecho comparado, entre otros Derecho, Alemán, Francia, Italia, y EE.UU.; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, cit. p. 210 Hace referencia a la presencia de la comisión en los Códigos Europeos.

El contrato de comisión tradicionalmente ha venido utilizándose como un instrumento de colaboración⁴⁶⁰ entre comerciantes en virtud del cual un comerciante encarga a otro, la compra o venta de unas mercancías en otro lugar distinto a su establecimiento. Sin embargo, posteriormente el desarrollo económico y la creciente complejidad y especialización de las actividades y operaciones del tráfico mercantil, ha propiciado que se aplique a distintos supuestos en el mundo de los negocios. Como consecuencia de ello, han surgido en el mercado empresarios especializados⁴⁶¹ en la prestación de servicios de gestión⁴⁶², que han hecho de tales colaboraciones interempresariales su propio género de comercio.

El contrato de comisión pertenece al sector de los “*negocios de gestión de negocios/intereses ajenos*”⁴⁶³, es decir estipulación de negocios jurídicos en interés de otros⁴⁶⁴, en los que ambas partes establecen una colaboración, mediante una situación de independencia general, sobre la base de criterios profesionales, o cuando menos propenden a ello.

⁴⁶⁰ALONSO SOTO R/ SÁNCHEZ ANDRÉS A, “Los contratos de colaboración” en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, Dir., por MENÉNDEZ A/ROJO A, Vol. II 11ª ed. Civitas - Thomson, Navarra 2013, pp. 93 y ss.; GARCÍA LUENGO R, “El contrato de comisión” cit. p 165 y ss.; PALA BERDEJO, F, “Naturaleza Jurídica de la comisión”, cit., pp. 783-809.; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil...*, T.II, cit. pp. 209 y ss.; URÍA RODRIGO/MENÉNDEZ A, ALONSO SOTO, “Contratos de colaboración”, cit., pp. 163 y ss.

⁴⁶¹ANGULO RODRÍGUEZ, “Colaboradores del empresario y otros contratos de Colaboración”, en AA.VV.: *Derecho Mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ G., Coord., Vol., II, 14ª Marcial Pons, Barcelona 2010, p.283 y ss., señala que llama la atención la profusión de empresarios especializados profesionalmente en promover o concluir contratos por cuenta ajena, para otros empresarios.

⁴⁶²En el sector marítimo, podemos destacar la figura del consignatario, ver: GONZÁLEZ LEBRERO R., *El Agente consignatario de buques en España*” ed. Bosch Barcelona 1989; GOÑI, J.L., “El consignatario de buques. Su figura jurídica y responsabilidad” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T.III, *Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la Navegación*, ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 3813 a 3828; HILL CONCEPCIÓN El agente consignatario de buques y la problemática planteada ante la ausencia de una regulación específica aplicable”, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* T. III, Ed. Civitas, 1996; OTERO LASTRES JM, “El consignatario de buques”, VIII Jornadas de Derecho Marítimo, celebradas en Sevilla 1982, pp. 261 y ss.; ZABALETA SARASUA S., “La responsabilidad del consignatario en el Derecho español”, II Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián, Donostia 1994, pp. 165 y ss.

⁴⁶³GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *Derecho Mercantil de Obligaciones...*, cit., p. 42.

⁴⁶⁴VICENT CHULIA F, *Introducción al Derecho Mercantil...*, cit., pp. 785 y ss.

Sustancialmente la comisión es el mandato mercantil⁴⁶⁵. Y para delimitar su concepto, podemos señalar que su objeto ha de ser la realización de actos jurídicos⁴⁶⁶. Así el servicio o actividad realizada por el mandatario o comisionista ha de ser siempre jurídicamente relevante, de modo y manera que haya de consistir necesariamente en la realización de actos con consecuencias jurídicas⁴⁶⁷. En cuanto al tipo de servicios que constituyen el objeto del contrato podría sintetizarse en que son servicios de colaboración que se llevan a cabo a través de la idea de sustitución, porque el mandante viene a ser sustituido por el mandatario o comisionista, en la actividad de dirección de sus intereses, de modo que adquiere preponderancia el aspecto de gestión⁴⁶⁸. También es característico de estos contratos que el mandatario o comisionista desarrolle su actividad decisoria mediante un poder⁴⁶⁹ que le permite realizar actos jurídicos por cuenta o encargo del mandante.

Por otra parte, la idea de actuación por cuenta ajena es esencial en este contrato y en todos los que forman la categoría de la gestión de negocios ajenos⁴⁷⁰, porque aunque pueda exteriorizarse mediante la intervención en

⁴⁶⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, cit., p. 283.

⁴⁶⁶ ALONSO ESPINOSA F. J. “Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil”, en monográfico contratos de gestión, Cuadernos de Derecho Judicial, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995, p.140.

⁴⁶⁷ SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil...*, Vol. II, cit. p.210; VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, cit., p. 283; VICENT CHULIA F, *Compendio Critico...*, cit. p.673; URÍA R/APARICIO M^a L, *Derecho Mercantil...*, cit. p.722.

⁴⁶⁸ VINCENT CHULIA F., *Introducción al derecho mercantil...*, T. II, cit. p. 1628; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil...*, Vol. II, cit., pp. 156 y ss. Y también relevante doctrina civilista LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRÍA, RIVERO, RAMS, *Elementos de Derecho Civil, derecho de obligaciones*” T.II, cit., p.221, Que el criterio de realización de actos con consecuencias jurídicas puede predicarse no solo respecto del contrato de comisión, sino también de los demás contratos de gestión como el de Agencia o corretaje.

⁴⁶⁹ PALA BERDEJO F.J. “Naturaleza jurídica de la comisión”, RDP nº 416 1951 p. 906. El autor considera que la esencia del mandato radica en la concesión de un poder para la disposición de intereses ajenos, poder que se actualiza en una serie de prestaciones volitivas.

⁴⁷⁰ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Tratado...*, T. III, cit. p.454; PALA BERDEJO F.J. “Naturaleza Jurídica de la comisión”, cit. p.908 y ss. ; SÁNCHEZ CALERO F/ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II cit., p. 211; GARCÍA PITA Y LASTRES J.L. “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista”, cit., p. 2830. La idea de actuación por cuenta ajena es definitoria en este contrato, porque siendo

nombre propio o ajeno, lo que permanece invariable, es el hecho de obrar por cuenta ajena. De ahí que se defina el contrato de comisión⁴⁷¹ como:

EL mandato en virtud del cual el mandatario (denominado comisionista) se obliga a realizar o, a participar en un acto o contrato mercantil por cuenta de otra persona (comitente)⁴⁷².

Por lo que se refiere a la mercantilidad del contrato de comisión el artículo 244 del C de c, establece que:

”Se reputara comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista”.

De dicho precepto se desprende que para estar en presencia de una comisión mercantil es necesario que concurren cumulativamente dos requisitos⁴⁷³:

1) Un requisito de orden subjetivo: que el comitente (mandante), o el comisionista (mandatario) sean comerciantes o agentes mediadores de comercio.

2) Y otro requisito objetivo: a saber, que los actos jurídicos que constituyen el objeto de la actividad de gestión sean actos de comercio.

A estos dos requisitos delimitadores de la comisión mercantil, ciertos autores tratan de añadir algunos más. Así algunos⁴⁷⁴ se refieren al elemento de la retribución, y consideran que la comisión mercantil es naturalmente

mutable la forma de exteriorizar la relación de comisión (actuar en nombre propio o ajeno), lo que resulta esencial (e invariable) es el dato de actuar por cuenta ajena.

⁴⁷¹ SÁNCHEZ CALERO F/ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II cit., p. 210; URÍA RODRIGO/APARICIO M^a L, *Derecho Mercantil...*, cit., p.722.

⁴⁷² GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L. *Derecho mercantil de obligaciones...*, cit., p 48. El autor considera que la Comisión mercantil es un contrato, y más precisamente, es un contrato de mandato. En este sentido define el Contrato de Comisión, como Mandato mercantil en los siguientes términos: “Contrato por el cual el Comisionista se obliga frente al Comitente a realizar actos jurídicos singulares o un determinado conjunto de actos u operaciones –homogéneas o no- por cuenta de este último, o a gestionar intereses del mismo, y que, de acuerdo con los correspondientes criterios de mercantilidad, constituye acto de comercio”.

⁴⁷³ ANGULO RODRIGUEZ L, “El contrato de comisión”, cit., p. 107.

⁴⁷⁴ GARCÍA LUENGO, R B, “El contrato de comisión “, cit., p. 167.

retribuida, salvo pacto en contra. Otros, por su parte, se refieren al carácter esporádico⁴⁷⁵, que permitiría diferenciar este contrato del de agencia. Otra parte de la doctrina⁴⁷⁶, en lugar de en el carácter esporádico, pone el acento en la especificidad, lo uno tiene que ver con el objeto y, lo otro, con la duración y reiteración. En este sentido en algunos supuestos puede haber especialidad y, sin embargo, al propio tiempo periodicidad, e incluso duración, y no ser esporádicos, como por ejemplo en el contrato de administración de cartera de valores.

De todos modos, el precepto resulta criticable relevante doctrina mercantilista⁴⁷⁷, si bien por no ser objeto de nuestro estudio no vamos a proceder a un análisis pormenorizado, sino únicamente cuestionar, el hecho de que el precepto considere suficiente que sea el comitente y no el comisionista quien tenga la condición de comerciante, cuando lo normal es que el comisionista sea un empresario cuya actividad precisamente consista en la realización sistemática y continuada de operaciones de comercio por cuenta ajena⁴⁷⁸. Únicamente el carácter profesional del comisionista justifica algunos

⁴⁷⁵VINCENT CHULIA F, *Introducción al Derecho Mercantil*..., T. II, cit., p 167; BROSETA PONT M/ MARTÍNEZ SANZ F., *Manual de derecho Mercantil* Vol. II, cit., p.112.

⁴⁷⁶ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contrato de Comisión Mercantil” cit. p.283; GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., *Derecho mercantil de obligaciones*.,”cit., p. 71

⁴⁷⁷GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., “La mercantilidad del contrato de comisión.”, cit., El autor realizar un profundo análisis sobre la mercantilidad de la comisión y realiza una interesante crítica sobre el sistema de acotación de la mercantilidad de la comisión en nuestro Código de Comercio. Considera que: *el sistema de acotación del código no posee toda la claridad que sería de desear, ya que contempla una concepción aparentemente arcaica de la actividad de comisión, no conectada con la óptica actual de una economía de empresas especializadas en la prestación de servicios. Reflexiona que al permitir el Código de comercio que cualquiera de ambos contratantes sea quien posee la condición de comerciante o de agente mediador de comercio, extiende los límites de la comisión mercantil en exceso porque- si consideramos que es la vinculación a la actividad de un empresario lo que hace mercantil a un contrato- la consecuencia lógica sería que sólo si fuera comerciante el comisionista, en vez del comitente, se cumpliría el requisito de inserción del mandato, en la actividad de un empresario, salvo que la comisión sirviera al comitente para incorporar nuevos elementos de capital a su empresa. También destaca que el Derecho mercantil es actualmente de índole predominante subjetiva/profesional, así en el tráfico actual mercantil la actividad de comisión esta normalmente realizada por un Empresario/comisionista profesional, que debe responder de las exigencias de mayor cuidado por su condición profesional.* Ver más ampliado en la obra del mismo autor : “ *Derecho mercantil de las obligaciones*....,” cit. pp. 70 y ss.

⁴⁷⁸ Vid. www.mjusticia.gob.es. Propuesta del Código de Mercantil de 17 de junio de 2013., elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. En la cual ya recoge

de los deberes y obligaciones que se le imponen, cuya extensión a comisionistas no comerciantes parece poco lógica⁴⁷⁹.

Por otra parte debido a la amplitud con que se concibe en el Código de Comercio el contrato de comisión, sus preceptos tiene una aplicación muy frecuente en distintos supuestos del mundo de los negocios, razón por la cual, examinaremos en este trabajo el contrato de *gestión de buques (shipmanagement)*, que en ausencia de un régimen jurídico específico aplicable, se hace preciso determinar si es posible que la relación que une al *gestor* con el naviero puede reconducirse a la comisión mercantil y así aplicarle las normas reguladoras de esta figura. En nuestro análisis destacaremos aquellas analogías y diferencias más significativas en el modo de llevar a cabo el encargo.

IV 2.2.1. Gestión de intereses ajenos

La figura del *gestor* del Derecho de los formularios se configura como un colaborador del naviero empresario titular de la empresa marítima⁴⁸⁰. Es un intermediario independiente, esto es, un empresario mercantil por sí mismo, cuya actividad consiste precisamente en una labor de colaboración con otros empresarios que actúan en el sector de negocios marítimo.

De los formularios se desprende que el *gestor* actúa en nombre y por cuenta del naviero⁴⁸¹ prestándole una serie de servicios. Cabe señalar que el

expresamente en el art. 541 apartados 1 y 2. La profesionalidad del comisionista, así como la mercantilidad del contrato.

⁴⁷⁹ ANGULO RODRÍGUEZ, L., “El contrato de comisión”, cit., p.263.

⁴⁸⁰ BRANCH ALAN E, *Elements of shipping...*, cit., p. 314.

⁴⁸¹ STEVENS E. F., “*Shipping Practice*”, 10ª ed. Londres, 1978, pp.112 y ss. En Gran Bretaña, la doctrina y especialmente jurisprudencia inglesa, consideran que los agentes pueden actuar en su nombre o en el del principal, debiendo destacarse claramente esta representación en caso de haberla; tienen derecho a una comisión por sus servicios; pueden estar vinculados a uno o varios principales; Si el agente actúa respetando estas normas básicas sus actos vinculan a su principal, no pudiendo considerársele nunca responsable personal.

citado contrato se ha diseñado como un acuerdo de gestión multifuncional. No obstante está más dirigido a utilizarse para la gestión integral del buque o para la gestión técnica⁴⁸², razón por la que los servicios de carácter material tienen una especial relevancia y suelen describirse de forma bastante detallada, si bien no exhaustiva, junto con los relacionados con la función laboral, comercial, y aseguradora que pueden ser considerados esencialmente actos con trascendencia jurídica.

El *gestor* se encarga en nombre y por cuenta del naviero de negociar⁴⁸³ contratos de embarque de la dotación del buque, contratos de fletamento u otros contratos relativos al empleo del buque, incluyendo la conclusión y seguimiento de los mismos; gestionar el pago o el recobro al naviero por todos los ingresos de alquiler y/o flete, u otras cantidades a las cuales tenga derecho el naviero derivadas del empleo del buque. En todas estas tareas, está participando directa y activamente en la negociación por tanto sus decisiones influyen en el resultado final. En estos supuestos⁴⁸⁴, la actividad del *gestor* parece más propia de un mandato, en el que las actividades están encaminadas *directamente* a la mejor adopción de una decisión relativa a la disposición de intereses ajenos y de las medidas pertinentes para que aquéllas se realicen⁴⁸⁵.

En cuanto que se trata de un mandato o comisión mercantil, damos por reproducido nuestro análisis sobre la mercantilidad del contrato objeto de estudio⁴⁸⁶ y solamente precisar que la actuación de ambas partes, -naviero y gestor- caen dentro de la órbita de su actividad empresarial. Y por otra parte algunas de las operaciones en que participa el *gestor*, tales como la

⁴⁸² Vid. www.bimco.org; Shipman 2009 explanatory notes. Authority of the Managers. Comment p. 5

⁴⁸³ GABALDÓN GARCÍA J.L. /RUIZ SOROA, J Mª, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., p. 430; BOWSTEAD & REYNOLDS, “On Agency”, cit. p. 339.

⁴⁸⁴ MORRIS A., “The port agent-his rights, liabilities and problems”, en LMCLQ, 1982, pp. 218 y ss.

⁴⁸⁵ PALA BERDEJO F, “La naturaleza jurídica de la comisión”, cit., p. 908.

⁴⁸⁶ Vid. Capítulo III.4.

contratación del fletamento, cobro de flete, o contratación de seguro marítimo, son actos de comercio enumerados y comprendidos en nuestro Código de Comercio.

IV.2.2.2. El poder de representación

En cuanto al poder de representación, podemos apuntar que, si bien tanto el comisionista como el *gestor* actúan por cuenta ajena, presentan también algunas diferencias entre la forma de actuar del *gestor* y del comisionista.

Así, el art. 245 del CCo, en cuanto al desempeño de la comisión, admite dos modalidades, que el comisionista pueda actuar en nombre propio o bien en el de su comitente. La primera modalidad sería un caso de representación indirecta mientras la segunda lo sería de representación directa. Sin embargo ambas modalidades dan una diferente solución al problema del traspaso de consecuencias económico-jurídicas a la persona por cuya cuenta se actúa⁴⁸⁷.

En el primer supuesto – representación indirecta- el comisionista queda directamente obligado con el tercero “como si el negocio fuese propio”. Se produce un aislamiento jurídico entre las esferas patrimoniales del tercero y del comitente⁴⁸⁸. Los derechos y obligaciones y las correspondientes acciones se dan entre el comisionista y el tercero; el comitente queda fuera de la esfera obligacional y el comisionista responde en exclusiva ante el tercero. Y como quiera que en esta modalidad el comisionista actúa por cuenta de su principal, pero manteniendo en secreto su nombre, en virtud del vínculo contractual que

⁴⁸⁷SÁNCHEZ CALERO F./SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, cit., p. 211.

⁴⁸⁸ALONSO ESPINOSA F.J., “Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil”, cit., p. 141.

existe entre ambos, será preciso llevar a cabo un nuevo negocio o acto jurídico para que los efectos del negocio realizado por el comisionista pasen al principal

En el segundo supuesto- comisión con representación directa- el comitente adquirirá todos los derechos frente a los terceros y éstos directamente frente a él, lo que implica una traslación directa y automática de las consecuencias económicas jurídicas al patrimonio del principal, una comunicación directa entre los terceros y este último⁴⁸⁹.

Por lo que respecta, al *contrato de gestión de buques*, conforme a lo previsto en el Derecho de los formularios⁴⁹⁰, el *gestor* ha de actuar en nombre y por cuenta del naviero, - quien conservará la condición de titular de la empresa de navegación-, a tal efecto, se establece que la actuación del *gestor* seguirá el esquema de la representación directa, contratando el *gestor* con los terceros en nombre del naviero, de modo que serán los terceros los que quedan vinculados directamente con el naviero, y no se contempla la posibilidad de que el *gestor* actúe en nombre propio⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ ANGULO RODRIGUEZ L, “El contrato de comisión”, cit. p. 108, BROSETA PONT M./MARTÍNEZ SANZ F., *Manual de derecho Mercantil*, Vol. II, cit., P 112; GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L. “Derecho mercantil de obligaciones...”, cit. p. 84-93. El autor “... reconozco que quizá la distinción entre Representación directa e indirecta posea una trascendencia más limitada de lo que se cree, porque no todas las consecuencias patrimoniales revierten sobre el patrimonio de uno o del otro de la misma manera. Ciertamente la distinción puede tener trascendencia fundamental, en relación con las obligaciones o deberes asumidos: éstos nacen, de forma directa, para el comitente-obligado, cuando la comisión fue celebrada con poder de representación. Por el contrario, aquéllos nace, de forma directa para el comisionista-obligado, cuando la comisión fue celebrada sin poder de representación: los principios de los arts. 246 y 247, CCo rigen plenamente y de la forma más clásica... Distinta podría ser la situación, respecto de los derechos que se adquieren.... En materia de créditos y demás derechos incorporales- el simple contrato de transmisión produce, ya, los efectos traslativos del créditos, habría que considerar que todos los derechos y bienes incorporales que adquiera el comisionista, por cuenta del comitente, son, ya –en realidad- créditos del comitentes mismo,..... El problema pues, no se refiere tanto al aspecto de la titularidad, como al de la legitimación: Si el comisionista actúa sin apoderamiento, aunque el comitente adquiera los créditos contra tercero, no podrá ejercitarlos, a no ser que se acredite como nuevo acreedor...”

⁴⁹⁰ Vid. www.bimco.org. SHIPMAN 2009 /SHIPMAN 1998, en todas las versiones del formulario SHIPMAN siempre se ha previsto que el shipmanager actúe en nombre y por cuenta de los owners

⁴⁹¹ Vid. Cláusula 3, *Authority of the Managers* “ Subject to the terms and conditions herein provided, during the period of this Agreement, the Managers shall carry out Management Services in respect of the Vessel **as agents form and on behalf of the Owners...**”.

Por el contrario, el PLNM si contempla ambas modalidades, que el gestor pueda actuar mediante representación directa o indirecta, pero en este último caso, sino desvela la identidad del naviero, ha de quedar directamente vinculado con los terceros de la misma manera que el comisionista del contrato de comisión(art. 246 del CCo), pero además, se prevé que los terceros también puedan dirigirse contra el naviero siendo en este caso la responsabilidad de uno y otro de carácter solidario (art. 346 de Proyecto). Como puede observarse, la solución no se corresponde con las reglas generales de la comisión, sino que es la misma que rige la actuación en nombre propio, de un factor o apoderado general, tal y como dispone el art.287 del CCo.

Se justifica esta solución, porque se considera que de este modo se da una mayor protección a los terceros, que es una tendencia que se aprecia en todo el Proyecto para aquellos supuestos en los que intervienen colaboradores el naviero (supuesto del porteador contractual y efectivo del art. 315, y transporte sucesivo del art. 339), parece que el Proyecto pretende equiparar en sus efectos la representación indirecta a la directa y, así permite la acción del tercero contra el interesado en el negocio celebrado por medio de representante⁴⁹².

IV.2.2.3. Sumisión a las instrucciones del principal

Tal y como hemos avanzado, en el apartado dedicado al contrato de arrendamiento de servicios mercantiles, el *gestor*, ha de seguir las instrucciones impartidas por el naviero para desempeñar las funciones encomendadas y dar cuenta de su gestión, no obstante goza de gran libertad para decidir cómo ha de realizar su actividad, según se desprende de lo

⁴⁹²LÓPEZ RUEDA F.C., “ De los contratos auxiliares de la navegación”, cit., p. 431.

establecido del formulario “Shipman 2009” (cláusula 3. Authority of the Managers)⁴⁹³

Sin embargo, en el contrato de comisión⁴⁹⁴ (artículos 254, 255 y 256 Párr. 1º C de c) la observancia y actuación del comisionista de someterse a las instrucciones del comitente en el desempeño del encargo tiende a ser más estricta⁴⁹⁵. Así pues, el comisionista se halla sometido a las instrucciones del comitente, y dentro de ellas se ha de mover, en el desempeño del encargo confiado⁴⁹⁶; y el comitente, en cuanto dueño del negocio (*“dominus negotii”*) le corresponde la determinación de cómo ha de llevarse a cabo la ejecución de la gestión, razón por la que dispone de un poder directivo que le faculta para impartir instrucciones, a las cuales el comisionista debe ajustarse.⁴⁹⁷ Si bien es cierto que el grado de sujeción o sometimiento del comisionista a las instrucciones impartidas por el comitente puede variar en función de la iniciativa y voluntad de aquél y del margen de discrecionalidad que le otorgue al comisionista. De ahí que la doctrina⁴⁹⁸, suele distinguir entre comisión

⁴⁹³ Vid. www.bimco.org: cláusula 3 *Authority of Managers:...* *The Managers shall have authority to take such actions as they may from time to time in their absolute discretion consider to be necessary to enable them to perform the Management Services in accordance with sound ship management practice.*

⁴⁹⁴ Vid., BROSETA PONT M. /MARTÍNEZ SANZ F., *Manual de derecho Mercantil...*, Vol. II, cit., p.114; GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., “La mercantilidad del contrato de comisión”, cit., pp. 2850 y ss.

⁴⁹⁵ GARCÍA LUENGO R, “El contrato de comisión”, cit., p. 171; VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, cit., pp. 285-286.

⁴⁹⁶ Vid STS (Sala de lo Civil) 24 diciembre 1984. El Tribunal confirma la responsabilidad del Banco comisionista por defectuoso cumplimiento del encargo, con obligación de indemnizar al comitente por los daños y perjuicios ocasionados. El Tribunal declara probado que el Banco comisionista aceptó la gestión y consta acreditada la entrega de la documentación y los géneros vendidos, pero el encargo no se cumplió de acuerdo con las instrucciones dadas por el comitente, perjudicándole en sus intereses.

⁴⁹⁷ Vid. GARRIDO J.Mª, *Las instrucciones del contrato de comisión*, cit. p.98 “La descripción completa de esta obligación del comisionista es, por tanto “ejecutar el acto encargado de acuerdo con las instrucciones del comitente...”

⁴⁹⁸ Vid. GARRIGUES JM, *Tratado...*, p. 466 y ss.; ALONSO ESPINOSA F. J. “Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil”, cit., pp. 143 y ss., BROSETA PONT M./MARTÍNEZ SANZ F., *Manual de Derecho Mercantil...*, Vol. II, cit., p 114.La Doctrina suele distinguir en función de la índole de las instrucciones : *comisión imperativa*, que es aquella en la que el comitente especifica minuciosamente con detalle los términos del encargo, en cuyo caso se impone al comisionista un riguroso deber de consulta y petición de instrucciones; *comisión facultativa*, en la que el número de instrucciones es reducido; *comisión indicativa*, en la que el comitente señala algunos elementos del encargo y deja el resto a la prudencia y a los usos del negocio. GARCÍA PITA Y LASTRES J.L., *Derecho mercantil de las obligaciones...*, cit., pp.128 y ss., añade otra clase la

imperativa, indicativa, y facultativa. Entendiéndose por comisión imperativa aquella en la que hay una sujeción absoluta de la actuación del comisionista a las instrucciones del comitente. Por comisión facultativa aquella en que las instrucciones permite actuar al comisionista con libertad según su buen criterio (art. 255.2º CCo). Y por comisión indicativa, aquella otra en la que el comitente emite instrucciones sobre algunos aspectos del negocio, y confía en la prudencia del comisionista para llevarlo a cabo. A nuestro modo de ver, en el caso del contrato de gestión naval, estaríamos más próximos a la comisión indicativa, que a la facultativa, ya que el naviero demanda los servicios del *gestor* porque confía y espera que los servicios de gestión encomendados mejoren y resulte más eficaces debido precisamente a su profesionalidad y experiencia en sector⁴⁹⁹.

Por lo que se refiere al alcance de las instrucciones puede decirse que son declaraciones de voluntad que en mayor o menor grado pormenorizan o perfilan el encargo,⁵⁰⁰ de modo que no crean nuevas obligaciones sino que especifican las ya existentes⁵⁰¹. Así, el Código de Comercio en el art. 255,

comisión autónoma, en la que es el comisionista quien se fija las propias instrucciones, es decir, el comisionista anuncia cuál será la forma en que actuará, al cumplir el encargo, pone como ejemplo la solicitud pública de representación de los accionistas en la JG de las sociedades de capital, en este caso el mandatario o comisionista que represente a un socio -a una pluralidad de socios-, como consecuencia de la formulación de una solicitud pública, podrá votar en el sentido que él mismo indique, si los accionistas por él representados no le dan otras instrucciones. Esta figura le sugiere más un “*mandatum in rem propriam*”, con algún rasgo de comisión facultativa, ya que es dable suponer que quien formula la solicitud pública de representación tiene, ya, un interés personal o gestiona personalmente un interés de otro, previamente al de quien le confía sucesivamente la representación que solicita públicamente, y - por este motivo- desea agrupar el mayor número de acciones; de votos porque prevé utilizarlas para asegurar los acuerdos que se acomoden al interés al que sirve previamente. Por este motivo es por lo que ya orienta su voto, anticipadamente, en sentido propio, que será el que hará valer si es que no le son impartidas otras instrucciones. Así, esta amplia libertad de actuación resulta suprimible o modificable por la voluntad del comitente/representado, de impartir nuevas instrucciones, con lo que la comisión dejaría de ser autónoma.

⁴⁹⁹ PANAYIDES PHOTIS M., “Competitive strategies and organizational performance in Ship Management”, cit., p.126.

⁵⁰⁰ GARRIDO J.Mª; *Las instrucciones en el contrato de comisión*, cit. p. 65, “...Las instrucciones son actos unilaterales de eficacia declarativa, cuya función es la de especificar el contenido de una obligación asumida por la contraparte. Son, pues actos de especificación o determinación...”

Ver en este sentido la STS Sala 1ª de 26/05/1964.

⁵⁰¹ ALONSO ESPINOSA F. J. “Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil”, cit., p 143.El autor, hace referencia a los difíciles contornos de las instrucciones en cuanto que, existe el

contempla la posibilidad de que el comisionista pueda actuar por propia iniciativa, de forma excepcional y en circunstancias muy determinadas – autorización para obrar con libertad, que no le sea posible recabar nuevas instrucciones, que un accidente imprevisto deviniera muy arriesgada o perjudicial la realización del encargo- debiendo en tales casos atenderse a los criterios de “prudencia”, de atención a lo que dicte “ el uso del comercio” y al cuidado del negocio “como propio”.

Una parte de la doctrina considera⁵⁰² que en estos casos y en aquellos que intervenga un comisionista profesional, puede considerarse que, aunque el Código de Comercio no hace referencia expresa al módulo de diligencia exigible, ya que no hay una indicación expresa de actuar como “*un buen padre de familia*” o como “*un ordenado comerciante*” o “*un representante leal*”, los citados criterios del art. 255 podrían asimilarse a actuar “*con la debida diligencia*”⁵⁰³ , es decir, con la eficiencia correspondiente a la “diligencia de un ordenado comerciante” y comportarse con lealtad hacia el comitente defendiendo sus intereses, lo que nos llevaría a exigirle los mismos criterios de comportamiento que se aplican en el contrato de agencia⁵⁰⁴.

Sin embargo, el formulario de BIMCO, sí fija módulos de diligencia, ya que, aunque el *gestor* tenga la obligación de actuar de acuerdo con las instrucciones del naviero, se establece expresamente como principio general, que al *gestor* se le autoriza a actuar a su discreción en las funciones

peligro de confundir las instrucciones con el objeto del contrato. En igual sentido GARRIDO J.Mª, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, cit. pp. 99-100.

⁵⁰²GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L. *Derecho mercantil de las obligaciones...*, cit., pp.132-134, en el mismo sentido en “La mercantilidad del contrato de comisión”, cit., p. 2862.

⁵⁰³GARRIDO J.Mª, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, cit., p. 101, “*El deber de diligencia ha de actuar como criterio integrador de la obligación de ejecutar el encargo recibido..*”; SÁNCHEZ CALERO F./SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol., II, cit., p.213.

⁵⁰⁴GARCÍA- PITA Y LASTRES J.L., *Derecho mercantil de las obligaciones...*, cit., p. 133 “*...Los criterios de comportamiento del comisionista profesional deben ser –a grandes rasgos- los mismos que se aplican en el contrato de agencia, tal como viene regulado en el art. 9º, nº1 de la LCA. Nº 12/1992.*”

encomendadas, de acuerdo con lo que considere justo y razonable según las circunstancias del momento⁵⁰⁵. Este margen de independencia del *gestor* está amparado en su competencia profesional,⁵⁰⁶ o dicho de otro modo, en su experiencia por el conocimiento racional de los problemas, prácticas, y necesidades del sector del negocio naviero relativo a la gestión de buques. Y precisamente por su profesionalidad el naviero acude a este tipo de contratos *management* y no a otros -como arrendamiento, fletamento, etc.- porque espera que los servicios prestados por el *gestor*, bajo parámetros profesionales y económicamente racionales, sean eficientes y se transformen en un valor añadido al área de gestión encomendada⁵⁰⁷.

Como contrapunto de ese margen de independencia, se le exige que actúe lo mejor que sea posible⁵⁰⁸, es decir como un representante leal, y que vele por los intereses del naviero en las funciones encomendadas. A nuestro modo de ver, los criterios de diligencia que se establecen en el Derecho de los formularios, sobre la forma y modo de actuar del *gestor* encajan mejor en los módulos de la conducta previstos para el agente en el contrato de agencia que los previstos para el comisionista en el contrato de comisión. Los criterios establecidos en esta Ley, quizás por ser más reciente, se ha beneficiado de las aportaciones doctrinales, en materia de determinación de la diligencia y cuidado exigibles a un gestor mercantil de intereses ajenos.

IV.2.2.4. Sometimiento a las Leyes y Reglamentos

Por otra parte, al *gestor* se le exige igual que al comisionista (art. 259 del C de c) la obligación de observar las Leyes y Reglamentos que afectan a los negocios jurídicos encomendados. Por tanto para ambas figuras el modo

⁵⁰⁵ WILLINGALE MALCOM, *Ship Management...*, cit., pp. 125 y ss.

⁵⁰⁶ BRANCH ALAN E, *Economics of Shipping Practice and Management...*, cit., p. 205.

⁵⁰⁷ MITROUSSI KYRIAKI, "The ship owners' stance on third party ship Management: an empirical study", cit., p.39.

⁵⁰⁸ BIMCO Special Circular, "*Standard Ship Management Agreement*", op. cit., pág.2.

de llevar a cabo la gestión o el encargo viene determinado por el contenido de las propias disposiciones legales o reglamentarias que rigen el propio encargo recibido, de modo que puede decirse que el contenido de las disposiciones legales y reglamentarias queda incorporado al conjunto de las instrucciones y encargos recibidos⁵⁰⁹.

Así, el *gestor* se obliga a actuar siempre de acuerdo con las leyes y demás disposiciones del país de registro del buque y de los Estados con los que el buque mantenga relaciones comerciales o desarrolle su tráfico. En la práctica esta obligación consiste en que el *gestor* ha de respetar las disposiciones legales o reglamentarias, relativas a: navegabilidad, seguridad del buque y de la navegación, prevención del medio marino, dotación suficiente y cualificada, seguros, etc., para que se puedan llevar a cabo la explotación comercial del buque.

En cuanto a la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación, podemos distinguir por lo que se refiere al contrato de comisión: en primer término, la responsabilidad contractual, que afecta al comisionista respecto al comitente, a quien debe indemnizar de los resultados dañosos derivados de haber ejecutado el encargo con infracción de las referidas Leyes y Reglamentos, es decir, de no haber cumplido con una obligación concreta impuesta por el contrato de comisión, aunque tomada de las normas legales y reglamentarias a que está sometido el encargo⁵¹⁰. Y en segundo término, la

⁵⁰⁹Vid. ALONSO SOTO R/SÁNCHEZ ANDRÉS A, “Los contratos de colaboración” cit., p.102; GARRIDO J.M^a, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, cit., p. 140

⁵¹⁰Vid STS (Sala de lo Civil) 7 de febrero de 1986. El Tribunal condena al Banco comisionista por no haber realizado la gestión de cobro de una letra de cambio al avalista conforme a la legislación mercantil de títulos-valores “ ... En efecto, por el hecho de que el tomador no haya efectuado el descuento de la cambial, sino que su tenencia sea como simple mandatario, en gestión de cobro, no significa que pueda eludir sus obligaciones, pues está sujeto, por esos compromisos contraídos al tomar la cambial en tal concepto, a las determinaciones de los artículos doscientos cincuenta y dos y doscientos cincuenta y nueve-primer inciso del Código de Comercio, según viene a definirse por el citado documento del folio cincuenta y uno, presentado con la contestación a la demanda; por ello, obró consecuente y diligentemente al comprobar la «conformidad» del avalista en diecinueve de Febrero de mil novecientos setenta y cuatro, y verificar el requerimiento notarial el veintidós de

responsabilidad civil extracontractual, si se causan daños a terceros en relación con las normas infringidas, que afectan no solo al comisionista, sino también al comitente, en el supuesto que la violación de las normas tenga lugar como consecuencia de instrucciones expresas de este último. En todos los casos la responsabilidad ha de tener siempre carácter ilimitado.

Sin embargo en el contrato de gestión naval del Derecho de los formularios, a diferencia de la comisión mercantil, la responsabilidad contractual se haya limitada, el *gestor* solo debe indemnizar al naviero de los resultados dañosos derivados de haber ejecutado el encargo con infracción de las referidas Leyes y Reglamentos, hasta el límite establecido en el clausulado del contrato, que en todo caso nunca excederá de diez veces la cuota anual de honorarios, se trata de una responsabilidad con beneficio de limitación monetaria frente al naviero.

Febrero de mil novecientos setenta y siete, al mismo avalista del que ciertamente, al no obtener contestación -como asimismo fue negativo anteriormente al pago y protesto ante el aceptante como deudor principal-, es por lo que adeudó al Banco de Andalucía en la cuenta centralizada el importe de la cambial, y al estimar de esta suerte como verificado el pago del efecto cambiario, le indujo al tomador en gestión al cobro, a hacer el abono a su comitente, pero ya no debió admitir la devolución y mantener en su calidad de comisionista el apunte de la cuenta centralizada, pues de otra forma la garantía de la institución del aval y de la propia gestión al cobro, estaría expuesta a la inseguridad del arbitrio unilateral, con quebranto de todas las normas legales y del tráfico mercantil basado en la buena fe, sancionada en el artículo cincuenta y siete del Código mercantil, en concordancia con los artículos mil doscientos cincuenta y cinco, mil doscientos cincuenta y seis y mil doscientos cincuenta y ocho del Código Civil; de ahí, por último, que lejos de ser aplicables los artículos mil ochocientos noventa y cinco y mil novecientos uno del Código Civil propugnados por el recurrente, sí lo es en cambio el artículo mil ochocientos noventa y nueve del mismo Cuerpo legal, puesto que la percepción del importe de la letra por la libradora del efecto cambiario se hizo de buena fe, cuyo crédito era legítimo y subsistente y si las acciones cambiarias hubieran prescrito (artículo novecientos cincuenta del Código de Comercio) queda exenta de la obligación de restituir, siendo el Banco que pagó quien debió dirigirse contra el verdadero deudor o avalista para lo que estaba legitimado por su condición de tomador, aunque fuera en concepto de gestión de cobro, pues esa es una relación interna entre librador y tomador (artículos cuatrocientos cuarenta y cuatro-cinco y cuatrocientos cuarenta y cinco del Código de Comercio) que no atañen a terceros como es el avalista, que debe cumplir su obligación con la rigurosidad que se mantiene en los artículos cuatrocientos ochenta y seis, cuatrocientos ochenta y siete, quinientos veintiuno y quinientos veintiséis del mismo Código mercantil. En consecuencia, por tanto, que la denunciada violación legal por la sentencia recurrida no se ha producido por cuanto existía con anterioridad a la creación de la cuenta de la libradora un contrato de comisión al cobro de la letra, que obligaba al Banco, por su específico objeto social y actividad mercantil, a estrechar el celo en la ejecución de la comisión encomendada, que fue aceptada por el comisionista y con la garantía de éxito en su gestión, derivada de un aval conformado previamente por otra Entidad bancaria...”

Y por lo que respecta a la responsabilidad por la lesión a terceros vinculada a las normas infringidas, habrá de estarse a los supuestos concretos de las reclamaciones sujetas a limitación conforme los Convenios Marítimos Internacionales. Todo ello sin perjuicio de analizar la posible conducta dolosa del *gestor* y del naviero que tal como hemos reseñado anteriormente les haría perder su derecho a limitar la responsabilidad, por establecerlo así todos los Convenios Internacionales que en alguna medida limitan la responsabilidad, ya que este beneficio responde actualmente a criterios de asegurabilidad y no ampara conductas reprochables penalmente⁵¹¹.

IV.2.2.5. Estabilidad en la relación: tracto sucesivo

Un rasgo relevante sobre el que podemos basar la comparación entre la gestión de buques y la comisión, es la “estabilidad” contractual. Así, mientras la comisión permite una colaboración aislada y esporádica para contratar, el contrato de gerencia de buques presupone necesariamente una colaboración estable o duradera para que el *gestor* pueda llevar a cabo la explotación del buque. En este sentido, se aleja de la comisión, porque el contrato de gestión naval, supone para el naviero, la externalización de la gestión del buque a una empresa especializada para llevar a cabo su explotación de manera eficiente y productiva.

Por tanto, la forma de realizar la actividad a la que se obligan las partes, en los respectivos contratos es distinta, así, mientras el *gestor* se obliga frente al naviero de una manera estable⁵¹², es decir, por un periodo inicial mínimo que una vez transcurrido se transforma automáticamente en

⁵¹¹ *Vid.* sobre la institución de la limitación de la responsabilidad del naviero: GARCÍA PITA Y LASTRES J.L., *La limitación de la responsabilidad civil del naviero*, Ed. Gobierno Vasco, Victoria 1996. El autor realiza un profundo estudio sobre la limitación de la responsabilidad del naviero no solo desde nuestro ordenamiento jurídico interno, sino también desde la perspectiva de los Convenios Internacionales.

⁵¹² *Vid.* Remisión a la “estabilidad” del gestor a lo ya expuesto en el capítulo los Elementos reales. “Continuidad o estabilidad de la prestación del gestor”.

indefinido⁵¹³; por su parte el comisionista, lo hace para uno o varios negocios con cuya realización el contrato se extingue⁵¹⁴. Así las cosas la gerencia de buques a diferencia de la comisión no está pensada para una colaboración ocasional y esporádica⁵¹⁵ para ello el naviero podría haber acudido a la figura del actual *corredor marítimo* (*shipbroker*) que profesionalmente se encargan a cambio de una comisión, de mediar o representar a las partes en la negociación y conclusión de negocios mercantiles relativos a la explotación del buque⁵¹⁶. Sin embargo, si opta por el contrato de gestión de buques, lo que pretende es que una empresa especializada en servicios marítimos gestione la explotación del buque de una manera continuada, realizando todas aquellas operaciones que sean necesarias a tal fin⁵¹⁷.

Así las cosas, si partimos de que el contrato de comisión es un contrato de tracto único, no cabría calificar en esta figura al contrato de gestión de buques, dado el carácter de tracto continuado que implica esta modalidad de gestión.

⁵¹³ Vid. Cláusula 21 Nos remitimos a lo ya expuesto sobre la *Duración del contrato*.

⁵¹⁴ Vid., SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II cit. pp. 211 y ss.; ANGULO RODRÍGUEZ, “El contrato de Comisión” cit., p. 261.; BROSETA PONT, M, “*Manual de derecho Mercantil...*”, Vol. II, cit. p.112; “...Finalmente, por el contrato de comisión se establece entre las partes una relación esporádica, de modo que, una vez ejecutado consumado el acto o negocio objeto del mandato encomendado se extingue...”

⁵¹⁵ ANGULO RODRÍGUEZ L, “El contrato de comisión” cit. p.262.

⁵¹⁶ GABALDÓN GARCÍA J.L./RUIZ SOROA J.M^a, *Manual de Derecho la navegación Marítima*, cit., pp., 439 y ss., Las funciones del corredor marítimo actual no se agotan en la puesta en relación de constructores vendedores, , compradores, navieros y fletadores , sino que alcanza a otros aspectos que poseen trascendencia jurídica. Así suele representar a una u otra parte en las negociaciones y llegan a firmar los contratos en nombre y por cuenta de sus principales, y realizan el seguimiento de su ejecución. Considerar que el negocio jurídico que vincula al principal con el corredor es una auténtica comisión mercantil, pues es claro que aquél recibe un mandato de éste en cuya virtud se obliga a realizar operaciones de comercio y que uno y otro actúan en el ejercicio de una actividad empresarial. En igual sentido ARROYO MARTINEZ I., *Curso de derecho marítimo...*, cit., p. 321.

⁵¹⁷ Vid. QUINTÁNS EIRAS, M.R, *Delimitación de la Agencia Mercantil...*, cit., p. 296; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J, “*Instituciones de Derecho Mercantil...*” Vol. II., cit., p. 210; BROSETA PONT M, *Manual de derecho Mercantil...*, Vol. II, cit. p.112; También utilizan la nota de la estabilidad del contrato de agencia para diferenciar del contrato de comisión. Consideremos que por analogía también puede usarse esta nota diferenciadora entre el contrato de gestión de buques y de comisión mercantil, porque en efecto es la “permanencia o estabilidad” una de las notas que caracteriza la actividad del gestor, mientras que lo habitual en el caso del comisionista es realizar una actividad concreta , terminada la cual, se extingue el contrato.

Sin embargo, podría plantearse también la posibilidad de una comisión de tracto sucesivo. Aunque, ciertamente, la comisión en opinión de la mayoría de la doctrina⁵¹⁸, es un contrato de tracto único, existen algunos supuestos – por ejemplo en el ámbito del mercado de valores- en que se realiza una actividad típica de un comisionista, pero en actos sucesivos y no en un acto único. Este podría ser el caso, por ejemplo, del contrato de gestión de carteras de inversión⁵¹⁹. De todos modos ha de tenerse presente que una comisión de tracto sucesivo será la excepción y no la regla, a diferencia del contrato de gestión de buques en el que la estabilidad es la regla general.

Incluso, puede afirmarse que la nota de estabilidad y permanencia se pone de manifiesto en la forma de dar por finalizado el contrato, así mientras en la comisión puede revocarse libremente por el comitente⁵²⁰, el contrato de gestión naval del derecho de los formularios, se extingue una vez transcurrido el periodo inicial acordado, por denuncia unilateral de cualquiera de las dos partes mediante preaviso que surtirá efectos transcurridos dos meses desde la fecha de la notificación⁵²¹.

La revocación de la comisión es una facultad que permite al comitente, por propia voluntad libremente, resolver el contrato en cualquier

⁵¹⁸ Vid. SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil...*, cit., pp. 210 y ss.; BROSETA PONT/MARTÍNEZ SANZ F, *Manual de derecho mercantil...*, Vol. II, cit., pp. 111 y ss.; URÍA, /APARICIO M^a L, *Derecho mercantil...*, cit., pp.721 y ss.; QUINTÁNS EIRAS R, *Delimitación de la agencia...*, cit., p.315

⁵¹⁹ Vid. BLANCO CACHÓN, J.R., “Contratos de gestión en los mercados de valores” en monográfico contratos de gestión, Cuadernos de Derecho Judicial, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995, p 329; TAPIA HERMIDA A.J, *El contrato de gestión de carteras de inversión*, ed. Centro de documentación Bancaria y Bursátil, Madrid 1995,p 134. En este contrato el gestor asume facultades de tomar decisiones de suscripción, compra y venta de valores por cuenta del titular, y también suele ejercer simultáneamente funciones de administración de valores. Se configura como un nuevo tipo de contrato, derivado de la comisión mercantil, que goza de una cierta tipicidad social, que no es fácil asimilar íntegramente en el esquema de la comisión mercantil, que implica una sustitución en las decisiones del inversor por parte del gestor, cuya actuación es continuada en el tiempo a diferencia del esquema clásico en el que el comisionista actúa sobre la base de encargos específicos del comitente.

⁵²⁰ BROSETA PONT M./MARTÍNEZ SANZ F., *Manual de derecho Mercantil...*, Vol. II, cit., p. 118; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil...*, Vol. II, cit., 220 ; VICENT CHULIA F, *Compendio Critico...*, T.II , cit., pp.310.

⁵²¹ Vid. www.bimco.org, póliza SHIPMAN 2009 Cláusula 21

momento y estado del negocio (art. 279 del CCo.). Los efectos de la revocación se producen a partir de que el comisionista tenga conocimiento de la misma pero el comitente queda obligado a la results de las gestiones practicadas antes de haberle hecho saber la revocación⁵²².

Esta facultad, constituye una excepción al principio establecido en la doctrina general de los contratos que requiere -si no ocurre ninguna causa especial admitida por el Ordenamiento- para su disolución el mutuo consentimiento (arts. 1156 y 1256 del CCv.)⁵²³. La justificación de esta excepción, entendemos, se fundamenta sobre el hecho de que se estamos ante un negocio basado en la confianza, en el *intuitu personae*, de modo que la pérdida de esa confianza se considera un hecho tal esencial que puede dar lugar a que el comitente ponga fin a la relación contractual sin obligación alguna a su cargo⁵²⁴. De todas formas la jurisprudencia ha matizado la regla de la revocabilidad, pues aunque admite la facultad de revocación sin que puedan exigírsele al comitente los daños y perjuicios que al comisionista, por la revocación le sucedan⁵²⁵, en algunos casos, fin de equilibrar los intereses del

⁵²² Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI J.A., *El mandato y la comisión mercantil*, cit., pp. 164 y ss.

⁵²³ Vid. DIEZ PICAZO L., *La representación en el Derecho Privado...*, cit., pp. 299 y ss., afirma que “la revocación es un negocio jurídico recepticio...mientras el poderdante no se desprende de la declaración de voluntad y la hace llegar a su destinatario, aquélla no adquiere propia existencia jurídica. La comunicación de la revocación es no sólo condición de eficacia, sino incluso condición de existencia”.

⁵²⁴ ALONSO ESPINOSA F.J., “Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil” cit. p151; BROSETA PONT M./MARTÍNEZ SANZ F, *Manual de derecho Mercantil...*, Vol. II cit. p. 118; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit. pp. 220-221; VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, cit., p. 294; URÍA RODRIGO/APARICIO Mª L., *Derecho Mercantil...*, cit. p.729; VICENT CHULIA F, *Compendio Critico...*, cit. pp.311, La doctrina considera que la norma contenida en el art. 279 del CCo, se configura como un *ius variandi*, en el sentido de admitir como posible el pacto de irrevocabilidad de la comisión durante un determinado plazo, así como su irrevocabilidad cuando la comisión se haya establecido en interés común del comitente y comisionista o, en general, cuando exista justa causa para ello.

⁵²⁵ Vid. en este sentido SSTs de 4 de abril de 1998; 2 de junio de 2003, 13 de noviembre de 2008, “...La comisión es un contrato *intuitu personae*, fundado, como el mandato, en la mutua confianza entre los contratantes y por ello puede el comitente, según el art. 279 del CCo revocar la comisión a su voluntad, sin otra obligación que la expresamente indicada en el mismo de responder de las gestiones practicadas anteriormente, y sin que puedan exigírsele los daños y perjuicios que al comisionista, por la revocación, le sucedan...”

comisionista, ante el ejercicio de la facultad de revocación por parte del comitente, se admite el pacto de irrevocabilidad⁵²⁶.

Por el contrario, el contrato de gestión naval se extingue, por denuncia unilateral con preaviso⁵²⁷, que tanto puede venir motivada, al igual que la revocación por la pérdida de confianza o por cualquier otro motivo que a las partes les parezca oportuno en aras de la autonomía privada, pero no cabe la revocación del contrato, sino que se pone fin a una relación indefinida, que sin esta posibilidad podría llegar a ser perpetua y por ello contraria a derecho⁵²⁸. Aunque la revocación y el desistimiento se pueden considerar supuestos próximos⁵²⁹, pues ambos confieren a una de las partes del contrato la facultad unilateral de darlo por terminado, sin embargo la diferencia entre ambas figuras es importante, pues así la revocación sólo se refiera a declaraciones de voluntad que no han llegado todavía a consumir la conclusión del negocio y que desliga -salvo abuso de derecho o mala fe- a la parte que lo revoca⁵³⁰. Por su parte el desistimiento requiere, en opinión de la doctrina mayoritaria, la existencia de un contrato de duración, ya sea éste de tracto sucesivo o de tracto continuado⁵³¹.

⁵²⁶ Vid. Entre otras SSTs de 21 de diciembre de 1963; 3 de marzo de 1998, 9 de septiembre de 2008 ..., en las que en esencia se afirma “...que si el mandato es interés de ambas partes y se ha pactado un plazo, la resolución antes de la llegada del mismo conlleva el deber de indemnizar.. Por lo tanto, no se otorga una “eficacia real” al pacto, que no impide revocar, sino que sólo se obliga a indemnizar si se resuelve...”.

⁵²⁷ Vid. www.bimco.org, póliza SHIPMAN 2009 Cláusula 21.

⁵²⁸ LASARTE ÁLVAREZ C, *Principios de Derecho Civil...*, T. III., cit. p.158

⁵²⁹ Vid. QUINTÁNS EIRAS M^a R, *Delimitación de la Agencia Mercantil...*, cit. pp. 315 y ss., realiza un interesante análisis del significado y diferencias entre la revocación y desistimiento referido a los contratos de agencia y comisión.

⁵³⁰ LACRUZ BERDEJO J. L. /LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVARRIA/RIVERO HERNÁNDEZ/RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil...*, T.II, Vol. 2º, cit. p 228. Ese es el supuesto del mandato, donde se entiende que el mandante puede revocar el contrato (art. 1732 CCv), sin más límites que los establecidos en la Ley; la cual sólo recoge, en el artículo 1733 del CCv una prohibición de perjudicar a determinadas personas, porque el mandato es mero instrumento para dar satisfacción al interés del mandante..... el mandato sólo tiene razón de ser en cuanto subsista el interés del mandante y precisamente en él halla la revocabilidad su límite.

⁵³¹ DIEZ-PICAZO L, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, cit. pp. 1087 y ss. Señala que puede admitirse la denuncia o desistimiento unilateral cuando la relación obligatoria reúna las siguientes característica: “1º Que se trate de una relación obligatoria duradera o de tracto sucesivo. 2º Que se trate de relaciones que no tengan previsto un plazo de duración temporal, de manera que, de acuerdo con la Ley y con el negocio jurídico, su duración haya de ser indefinida. 3º Que se trata de

Pues bien, esta diferencia en cuanto a la forma de finalizar el contrato nos muestra que la gerencia de buques, es un acuerdo encaminado a tener un carácter indefinido y como tal se ejecuta a lo largo de un período de tiempo, mientras que en la comisión cabe la posibilidad de dar lugar a la revocación de una relación contractual que no ha llegado a consumarse⁵³².

En definitiva, de las observaciones precedentes, podemos concluir que, mientras, para el contrato de comisión la posibilidad de cierta estabilidad en la relación de las partes se contempla como algo excepcional, en el contrato de gestión de buques es la forma habitual de actuar, y si para el contrato de comisión la forma prototípica de colaboración es de carácter aislado y esporádico, en el contrato de gestión de buques no cabe tal colaboración esporádica contraponiéndose como nota esencial la permanencia.

IV.2.2.6. Determinación de la remuneración

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, el contrato de gestión naval es retribuido, en los formularios internacionales al uso se hace constar el importe, la forma, el lugar y el periodo de abono de la retribución al *gestor*.

Por su parte el contrato de comisión también se entiende que es retribuido, el comisionista tendrá derecho a una remuneración conforme a lo

relaciones obligatorias en las que exista un intuitus personae, de manera que fundadas tales relaciones en la confianza, que las partes recíprocamente se merecen, cuando tal confianza se frustra, aparece como justa la posibilidad de poner fin a la relación". En igual sentido LASARTE ÁLVAREZ C, *Principios de Derecho Civil...*, T. III., cit. pp.158 y ss., señala también como presupuesto necesario para que entre en juego el desistimiento unilateral la necesidad de que exista una relación de tracto sucesivo o continuada; pero además considera que es necesario que se dé alternativamente alguno de estos dos supuestos : "a) *Que la duración de esa relación sea indeterminada, creándose entonces el riesgo de que se genere una vinculación vitalicia, lo que va en contra del principio contrario a las vinculaciones de por vida (art. 1583,segundo inciso). B) Que la economía interna de la relación contractual en cuestión, asigne roles no equilibrados a las partes, siendo preponderante el interés de una de ellas.*"

⁵³² ALONSO ESPINOSA F. J, "Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil", cit., p. 151

pactado en el contrato y a falta de pacto el precio de la comisión se realizara conforme a los usos de la plaza donde se cumpliera la comisión, (art. 277 CCo),

Pero el Código de Comercio, deja sin resolver dos cuestiones, de importancia, que diferencian en este punto el contrato de comisión del contrato de gestión naval, a saber:

a.- El momento, a partir del cual nace a favor del comisionista el derecho a la comisión, es decir el problema relativo a los parámetros que determinan la exigibilidad de la retribución, bien pactada, bien según los usos, por el comisionista.

b.- La base de cálculo de la comisión.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el Código no aclara de forma expresa cuándo surge la obligación de pagar el premio al comisionista⁵³³. En la práctica usual, la comisión se devenga, no ya cuando el contrato de realización se ha perfeccionado, sino cuando se ha ejecutado correctamente, y se formula frecuentemente por medio de la llamada cláusula “salvo buen fin”,⁵³⁴ Por tanto, el premio tan solo se debe si, llegando las gestiones a buen fin, el comisionista obtiene para el comitente el resultado perseguido.

Pero lo que el Código tampoco resuelve cuál es este resultado. Puede decirse que hay dos soluciones⁵³⁵: que el resultado se obtenga cuando el

⁵³³ Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI J.A., *El mandato y la comisión mercantil*, cit. p.203 y ss.

⁵³⁴ SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil...*, Vol. II,cit., p. 217

⁵³⁵ BROSETA PONT M. /MARTINEZ SANZ F., *Manual de derecho Mercantil...*, Vol. II, cit., p. 116. Los autores sugieren diferenciar dos supuestos: Cuando el comisionista actúa en nombre del comitente, el premio o retribución debe pagarse cuando el comisionista ha concluido el negocio de ejecución con el tercero, pues a partir de este momento ha nacido entre éste y el comitente la relación contractual deseada, que es el fin perseguido por el comitente. Cuando, por el contrario, el

comisionista estipula el negocio que se le ha encomendado aunque no se obtenga después la ejecución del contrato, cuyo riesgo correría a cargo del comitente (obligación “de medios”)⁵³⁶; o que el resultado del que depende la exigibilidad de la comisión sólo se produce cuando, estipulado el negocio de ejecución éste es efectivamente cumplido o consumado a favor y en beneficio del comitente, porque es en este momento cuando el comitente obtiene el resultado económico perseguido (obligación “de resultado”)⁵³⁷. Pues bien, en defecto de pacto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵³⁸ se inclina por esta última solución, por entender que la comisión no se devenga con la simple conclusión del negocio de realización, sino con su ejecución, excepto en los casos en los que el defecto de consumación sea imputable al propio comitente⁵³⁹. Por tanto en nuestro ordenamiento, se tiende a considerar que en la comisión se remunera el resultado y no la actividad tendente a obtenerlo, es decir, que para que resulte exigible el pago del premio de comisión, será

comisionista actúa en nombre propio, el premio parece que debe pagarse cuando el comisionista traslada al comitente el resultado obtenido del negocio de ejecución, resultado que parece perseguirse cuando el encargo se formula con el deseo de que se mantenga oculto el nombre del comitente.

⁵³⁶ ALONSO ESPINOSA, F J, “Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil”, cit., p.146, Esta solución, es semejante a la que otorga el Derecho Francés, aunque se le achaca que puede propiciar un excesivo interés del comisionista en perfeccionar los negocios objeto de la comisión, aspecto que puede repercutir negativamente en su deber de defensa prioritaria del interés del comitente en el desempeño de sus encargos ya que puede inducirle a perfeccionar encargos con terceros de idoneidad discutible, con el solo fin de obtener la retribución.

⁵³⁷ GARRIGUES J M., *Tratado...*, cit. p. 480; BROSETA PONT M./MARTÍNEZ SANZ F., *Manual de derecho Mercantil...*, Vol.. II, cit. p. 114; ALONSO ESPINOSA, F J, “Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil”, cit. pp. 138 y 146; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil...*, Vol. II, cit., p 217; VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, cit. p. 287; GARCÍA-PITA Y LASTRE J.L. *Derecho Mercantil de las obligaciones*, cit., p. 172. En este sentido también se decanta el Derecho Alemán, que establece que el comisionista puede exigir la comisión cuando el negocio ha llegado a su ejecución, sentando de este modo que el derecho a la percepción de la comisión sólo nace cuando el negocio de realización no sólo ha sido perfeccionado sino también cumplido.

⁵³⁸ Ver STS 3 de enero de 1957, 26 de enero de 1943 “... la comisión no es exigible exclusivamente con la firma del contrato, sino cuando la operación haya llegado a feliz término con la consumación por ser entonces cuando la misma concluye felizmente..”

⁵³⁹ Ver STS 17 de julio de 1992 “... el comisionista sólo en la fase final de sus relaciones con la demandante (comitente), anterior a la rescisión contractual....demandada por el hoy apelado, no prestó la debida dedicación en parte a la actividad contractual, pero no puede reprochársele esta conducta como incumplimiento cuando está precedida por el incumplimiento reiterado de la parte demandante y apelante (comitente) en no liquidar al comisionista operación por operación no ofrecer liquidación y pago de los derechos devengados en la cuantía convenida recibiendo cantidades a cuenta de las comisiones devengadas”

preciso, no solamente que el comisionista haya cumplido su deber de evacuar el encargo conferido, concluyendo el contrato con el tercero, sino que además será preciso que se haya cumplido la obligación de trasladar al comitente el producto de la operación.⁵⁴⁰

En cuanto a la base de cálculo del premio o comisión, el uso o práctica habitual, es efectuarlo sobre el beneficio -bruto o neto-obtenido por el comitente en relación con la operación llevada a cabo por el comisionista, bien sea un porcentaje, arancel u otro tipo de remuneración pero siempre en función del resultado obtenido en el negocio de realización⁵⁴¹

Sin embargo en el contrato de gestión naval, en los formularios internacionales al uso y en especial en el SHIPMAN 2009, se establece claramente el momento a partir del cual el gestor tiene derecho a percibir sus honorarios y el importe de los mismos. Puede observarse que la regla general es determinar los honorarios del *gestor* de antemano mediante una cantidad anual, pagadera por meses adelantados, atendiendo para fijar su cuantía especialmente a la complejidad del trabajo a desarrollar y al tiempo que se necesita para llevar a cabo los servicios contratados, de acuerdo a los parámetros habituales en el sector de la gestión de buques⁵⁴². También se prevé la revisión de los mismos anualmente mediante su inclusión en el presupuesto de gastos y previsiones en relación con la gestión del buque que ha de elaborar el *gestor* y aprobar el naviero. Así mismo se dispone que el gestor tendrá derecho a percibir sus honorarios por meses adelantados, desde que se hace cargo de la gestión del buque conforme a la fecha de iniciación de la gestión, la cual se fija expresamente en el contrato, por tanto a diferencia

⁵⁴⁰ GARCÍA-PITA Y LASTRE J.L, *Derecho Mercantil de las obligaciones...*, cit. p. 172.

⁵⁴¹ URIA R/ APARICIO M^a L, *Derecho Mercantil...*, cit., p 728..." por lo general la comisión se fija en un tanto por ciento del importe de la operación...."

⁵⁴² WILLINGALE MALCOM, *Ship Management...*, cit., p.106.

del contrato de comisión el devengo de sus honorarios se produce desde que comienza a desarrollar su actividad.

De todo lo expuesto, a nuestro modo de ver se concluye que el contrato de “*gerencia de buques*, solo pueda verse a la luz de la normativa de la comisión o mandato mercantil con carácter supletorio con respecto a la gestión de la dotación y la aseguradora

IV.2.3. Gestión comercial como contrato de agencia

IV.2.3.1. Consideraciones generales sobre los contratos de distribución comercial

Desde el punto de vista de la economía de la empresa, cada empresario cuenta con múltiples formas de hacer llegar sus productos y servicios a sus clientes. Dichas formas se basan en técnicas e instituciones jurídicas, entre las que se encuentra la distribución comercial, que conforme la doctrina mayoritaria comprende:

“el conjunto de todos aquellos procedimientos de los que se valen los fabricantes o productores para llevar a cabo la comercialización de los productos o servicios de manera que éstos llegue a los consumidores o usuarios”

Por ello cabría decir que el derecho de la distribución comercial, es aquella parte del Derecho que regula dicho fenómeno económico⁵⁴³.

⁵⁴³Vid., ALONSO SOTO, R. /SÁNCHEZ ANDRÉS S “Los contratos de colaboración”, cit., pp. 105 y ss.; ANGULO RODRÍGUEZ L., “Otros contratos de colaboración”, en AA.VV.: *Derecho Mercantil. Contratación Mercantil*. Vol. 5º, JIMÉNEZ SÁNCHEZ G/ DÍAZ MORENO (Coords) 15ª ed. Marcial Pons, Madrid 2013, pp.121 y ss.; BROSETA PONT M./MARTÍNEZ SANZ F., *Manual de derecho Mercantil...*, Vol. II, cit., pp.121 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY J.L. “ El Contrato de Distribución Exclusiva o de Concesión”, en AA.VV.: *Contratos mercantiles*, Dirs, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ.-CANO A./ CALZADA CONDE, M. A., ed. Aranzadi, Navarra 2001, p. 262 y ss.; GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L. *Derecho Mercantil de las obligaciones...*, cit., pp., 313 y ss.; QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Delimitación de la Agencia Mercantil...*,cit., p. 103; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ-CALERO GUILIARTE J, *Instituciones de Derecho Mercantil ...*, T II, cit. pp. 227-255; TORRUBIA CHALMETA, B, “Contratos de Distribución” en AA.VV.: *Contratos*

Así, desde una perspectiva material o sustantiva, la doctrina⁵⁴⁴ considera que el derecho de la distribución comercial estaría constituido por el conjunto de relaciones jurídicas a través de las cuales los intermediarios profesionales colaboran de manera estable con el productor para la difusión de sus productos, constituyendo el eslabón entre la producción y el consumo. Por consiguiente el Derecho de la distribución sería un derecho informativo o de categoría⁵⁴⁵, que estaría incardinado dentro del Derecho Mercantil, respecto del cual poseería un cierto grado de especialidad, que ha contribuido a propiciar una especialización de contratos⁵⁴⁶.

Desde este punto de vista, la categoría de los contratos de distribución, estaría formada principalmente por la concesión mercantil, y el contrato de franquicia. Con respecto al contrato de agencia, algunos autores⁵⁴⁷ lo sitúan dentro de los contratos de distribución, porque consideran que es un contrato no solamente de colaboración, sino –mas precisamente- un contrato de gestión y representación, pero que simultáneamente comparte con los contratos mencionados una finalidad económica común que es idéntica o similar : la distribución comercial de productos y servicios. Sin embargo, otros autores, dudan de que sea, propiamente un contrato de distribución, porque consideran que los contratos de distribución- en sentido estricto- sería aquellos contratos,

Mercantiles, T.I, DE LA CUESTA RUTE J. M^a (Dir.), ed. Bosch, Barcelona 2001, p. 359 y ss.; VICENT CHULIA F., *Introducción al derecho mercantil*, Vol., II, cit., pp. 1640 y ss.

⁵⁴⁴ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L. *Derecho Mercantil de las obligaciones...*, cit., p. 326

⁵⁴⁵ QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Delimitación de la Agencia Mercantil...*, cit., pp. 104 y ss.

⁵⁴⁶ *Vid.*: Proyecto de Ley de Contratos de Distribución que se aprobó en el Consejo de Ministros de 24 de junio de 2011, publicado en el BOCG el día 29 del mismo mes, serie A , n° 121/000138. La tramitación de este Proyecto tiene su antecedente en la Ley de Economía Sostenible (BOE 5/03/2010) que introdujo una disposición adicional a la LCA 12/1992 de 27 de mayo, por la cual se establecía el régimen jurídico de los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales, que resultó muy contestada por el sector de fabricantes que llevó a la suspensión de dicha disposición adicional y al compromiso de elaborar una Ley de Contratos de Distribución. Ver sobre el Proyecto de LCD MORALEJO MENÉNDEZ I, “Régimen Jurídico de los contratos de Distribución” DN n° 252 Septiembre 2011, pp. 7-26; ECHEBARRÍA SÁEZ J A. , “ Problemas de Política Jurídica y de Técnica Jurídica en la regulación de los contratos de distribución” RCD, n° 10, 2012 , pp. 15-50.

⁵⁴⁷ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *Derecho Mercantil de las obligaciones...*,cit., p. 335.

por cuya virtud el distribuidor adquiere en firme mercancías, para su reventa en nombre y por cuenta propia, aunque obligándose a proteger los intereses vinculados a la marca del fabricante o mayorista. Por el contrario se dejaría fuera de esta categoría –restringida– al contrato de agencia, porque puede ser un verdadero contrato de distribución y también, en otros casos, puede no serlo, según las circunstancias⁵⁴⁸.

Precisamente, los contratos de distribución⁵⁴⁹ –concesión, franquicia,– se alejan sustancialmente del contrato objeto de análisis, por la distinta forma de operar jurídicamente que tiene el *gestor* del contrato de gestión naval y el distribuidor. El distribuidor –concesionario, franquiciado– actúa en nombre y por cuenta propia, asumiendo el riesgo y ventura de la operaciones, adquiriendo los productos para su posterior reventa⁵⁵⁰, este modo de actuar es diametralmente distinto del seguido por el *gestor* e incompatible con finalidad típica del contrato de gestión naval de llevar a cabo la explotación del buque en nombre y por cuenta del naviero. Por el contrario, sí existe similitud con el contrato de agencia, en el cual el agente actúa en nombre y por cuenta de su principal, es decir, del mismo modo que el *gestor* actúa en nombre y por cuenta del naviero en el contrato de gestión naval.

⁵⁴⁸ QUINTÁNS EIRAS, M.R., “Acuerdos de agencia y Derecho de la competencia: nuevo régimen de las restricciones verticales”, en CD y C., 2001 n. 34, abril, separata, p. 76 y ss., quien señala que “*el agente colabora con el empresario principal de una forma estable en la difusión de sus productos o incluso de sus servicios en el mercado; es, pues, un eslabón en la cadena de distribución*”. TORRUBIA CHALMETA, B., “Contratos de Distribución,” cit. pp. 360 y ss., se manifiesta explícitamente a favor de una concepción restringida. Ver en general sobre esta materia TOBÍO RIVAS A. M^a, “Algunas consideraciones sobre las implicaciones del Derecho de la libre competencia en la regulación española vigente y proyectada de los contratos de distribución y agencia: una visión ‘Contractualista’” en *Estudios de Derecho Mercantil*, Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. .h.c. José Antonio Gómez Segade, pp. 561 -577.

⁵⁴⁹ Vid.: ALONSO LEDESMA/ALONSO UREBA/ECHEVARRIA SÁENZ/ VELASCO SAN PEDRO/ VIERA GONZÁLEZ, J., (DIR) *Los contratos de distribución*, ed. La Ley, Madrid, 2010; ALONSO SOTO R, “Distribución comercial y competencia”, en *Estudios homenaje al profesor J.M. Muñoz Planas*, Thomson-Aranzadi 2011; ALONSO SOTO R/ SÁNCHEZ ANDRÉS A., “Los contratos de colaboración” cit., p.111 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY J.L., “El contrato de distribución en exclusiva o de concesión” cit., pp. 262 y ss.

⁵⁵⁰ ALONSO SOTO R/ SÁNCHEZ ANDRÉS A., “Los contratos de colaboración”, cit., p. 111.

Por consiguiente vamos a centrar nuestra atención en el contrato de agencia, por estimar que por sus características algunos de sus preceptos pudieran ser objeto de aplicación analógica al contrato de gestión naval. Analizaremos seguidamente aquellas analogías y diferencias entre ambos contratos que pueden resultar de interés para nuestro estudio

IV.2.3.2.. La “Promoción” como actividad incluida en la gestión comercial del buque

El art. 1 de LCA, define el contrato de agencia como el contrato por el que una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones⁵⁵¹.

Así pues, puede decirse que el elemento esencial, característico y diferenciador del contrato de agencia es la actividad de promoción llevada a cabo por el agente, que puede realizar bien, como única actividad o bien, sumada a la conclusión y negociación de contratos⁵⁵². En relación con el significado del término promoción⁵⁵³ aplicado al contrato de agencia, la

⁵⁵¹ Vid. QUINTÁNS EIRAS M^a R., *Delimitación de la Agencia Mercantil...*, cit. pp.175 y ss.; ÍDEM, *Las obligaciones fundamentales del agente*, ed. Civitas, Madrid 2001, pp. 57 y ss.

⁵⁵² QUINTÁNS EIRAS M^a R., *Delimitación de la Agencia Mercantil...*, cit., p. 203; “.. el agente se obliga a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajeno..”

⁵⁵³ Ver www.rae.es, Voz “Promover” y primera y tercera acepción: “iniciar o adelantar una cosa, procurado su logro” o bien “tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA L, Voz, “Contrato de agencia”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, TI, ed. Civitas, Madrid, 1995, p 1570, Este autor considera que dentro de la locución “promoción” cabe agrupar múltiples actividades, caracterizadas todas ellas por el propósito común de procurar clientela al empresario. VERGER SÁNCHEZ M^a. M, “Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente” en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez T.III, p 3061. Esta autora estima que el contenido preciso de la actividad promocional depende de las circunstancias de cada caso concreto en relación al tipo de actos o contratos que se trata de promocionar.

doctrina⁵⁵⁴ considera que hay que entenderlo como una actividad que ha de estar dirigida a influir en la voluntad del tercero, en convencer a éste para que concluya el acto u operación, de modo que el agente tienda no solo a la realización de contratos, sino también a la captación de clientela o, más concretamente, a la difusión y colocación del producto o servicio en el mercado.⁵⁵⁵ De tal forma que a lo que se obliga el agente es la prestación de los medios necesarios para conseguir o hacer posible la conclusión de contratos con viejos y nuevos clientes.⁵⁵⁶ Pero esta conclusión de contratos ha de entenderse en términos que impliquen distribución, es decir, que de esta actividad se derive una distribución del producto o servicio en el mercado, que redundará en la creación, aumento o mantenimiento de la clientela o del volumen de negocio.⁵⁵⁷ Por tanto el agente deberá llevar cabo todas aquellas actuaciones necesarias para persuadir o provocar en los terceros la conclusión de contratos, más concretamente formular *invitationes ad offerendum* a fin de lograr que el tercero acepte las ofertas o propuestas del contrato formuladas por el Principal⁵⁵⁸.

Por lo que se refiere al contrato de gestión naval, como ya hemos tenido ocasión de señalar, el *gestor* presta sus servicios especializados para gestionar la explotación del buque del naviero y dentro de las actividades que desarrolla destacan cuatro áreas principales, - técnico-náutica, dotación, comercial y aseguradora- que se reflejan tanto en el PLNM como en el derecho de los formularios de BIMCO (Shipman 2009), y resulta claro que las prestaciones y

⁵⁵⁴ Vid.- BÉRCOVITZ ÁLVAREZ R, "Contrato de Agencia", en BÉRCOVITZ RODRIGUEZ-CANO A. /CALDAZA CONDE M. A. (Dir.) Contratos Mercantiles, ed. Aranzadi, Navarra 2001, pp. 234 y ss.; BOTANA AGRA M, "El contrato de agencia en el Derecho español", *Derecho de los Negocios*, nº 30, 1993., p.2; LLOBREGAT HURTADO ML, *El contrato de agencia mercantil*, ed. Bosch, Barcelona, 1994, p.59 y ss.; MARTÍ SÁNCHEZ J.L, " El contrato de agencia" cit., pp.164 y ss.; PALAU RAMÍREZ F, "Comentarios a los artículos 1 a 10,20,21" en MARTINEZ SANZ F/MONTEAGUDO, M./PALAU RAMÍREZ, F. *Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia*, ed. Civitas, Madrid, 2000, pp.38 y ss.; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J, *Instituciones de Derecho mercantil...*, cit., p 232;

⁵⁵⁵ QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Delimitación de la Agencia Mercantil...*, cit., p. 323

⁵⁵⁶ QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Delimitación de la Agencia Mercantil...*, cit., p.205

⁵⁵⁷ QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Delimitación de la Agencia Mercantil...*, cit., 206

⁵⁵⁸ QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Delimitación de la Agencia Mercantil ...*, cit., p.296

servicios que comprende tanto la gestión técnica, como la laboral y la aseguradora, el *gestor* no realiza ninguna actividad comercial, su objetivo no es la promoción de negocios del naviero⁵⁵⁹. Así pues en estos casos, no existe una verdadera relación de agencia, pues la actividad que realizar el *gestor* no comprende la promoción de actos u operaciones de comercio para el naviero. Por tanto, la falta de un elemento esencial del contrato de agencia, impide incluso la aplicación vía analógica de las normas y principios propios de la misma⁵⁶⁰.

Sin embargo, con respecto a la gestión comercial, entre las prestaciones que conforman aquélla, se incluye servicios de gestión y de carácter administrativo, como por ejemplo realizar los cálculos y previsiones relativos a las cantidades que genere la explotación del buque a través de su fletamento o del transporte, o previsiones de viajes y cálculos de alquiler, flete, estadías y sobreestadías debidos por o al fletador, el suministro de provisiones y carburante necesarios, pero además de las funciones referenciadas que no tienen carácter exhaustivo, el naviero puede encomendar al gestor que se ocupe de:

“buscar, negociar y concluir contratos para el empleo del buque, que incluyan entre otros servicios de fletamento y convenir los cierres de las pólizas de fletamento, u otros contratos relativos al empleo del buque”

De la descripción de esta concreta función, puede deducirse que, no solo comprende negociar y concluir contratos para la explotación del buque, sino que al incluir el término “buscar”, cuyo significado de acuerdo con el Diccionario de la RAE⁵⁶¹: *es hacer lo necesario para conseguir algo*; implica

⁵⁵⁹ BRANCH ALAN, E., *Elements of shipping...*, cit. pp., 458 y ss. El autor describe los distintos servicios que comprenden las citadas áreas de gestión del buque

⁵⁶⁰ QUINTÁNS EIRAS, M.R., “La naturaleza jurídica del contrato de gestión naval”, en GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., (Dir.), *Estudios de Derecho Marítimo*, ed. Aranzadi, Pamplona 2012, p.468

⁵⁶¹ Vid. www.rae.es. Voz “Buscar” segunda acepción : Hacer lo necesario para conseguir algo.

que el *gestor* debe ocuparse también conseguir contratos para el empleo del buque.

A la hora de llevar a cabo esta búsqueda, el *gestor*, como experto en el negocio marítimo, puede realizar una serie de actuaciones previas como analizar las previsiones del tráfico, haciendo uso de bases de datos de información y herramientas de modelización del mercado a fin de conocer en todo momento la tendencia de la evolución de la oferta y demanda de fletes⁵⁶² ya que en el sector del negocio marítimo muchos factores externos influyen en uno u otro sentido en el mercado de fletes⁵⁶³. Esta valiosa información le ayudara a diseñar la estrategia comercial del buque en cuanto a rutas de navegación, puertos de carga y descarga, tipo de mercancías a transportar o pasajeros, que unido a su experiencia profesional le permitirá acceder a mercados muy diversos y competitivos en todo el ámbito internacional, estableciendo contactos a través de redes internacionales de colaboradores – fletadores, cargadores, brokers- con los que normalmente mantendrá cooperaciones estratégicas, y desarrollaran sinergias, que le van a permitir conseguir las cargas más óptimas para el buque, aumentar las operaciones y maximizar los beneficios potenciales de la forma más eficiente.

Por tanto, esta labor de búsqueda, ha de conllevar la promoción y venta de la capacidad de explotación del buque mediante la obtención de contratos para el empleo buque tratando de conseguir los máximos beneficios económicos de modo que su explotación comercial sea rentable y competitiva, y ello lógicamente se traducirá en unas mayores ganancias para

⁵⁶² BRANCH ALAN, E., *Elements of Shipping...*, cit. pp. 460 y ss.

⁵⁶³ *Vid.* FREIRE SEOANE, M^a J/GONZÁLEZ LAXE F, *Economía del transporte marítimo*, ed., Netbiblo, Coruña 2003, El mercado de fletes. p 115 y ss. Los autores analizan las distintas variables que afecta la oferta y la demanda del transporte marítimo a nivel internacional, así como los distintos ciclos del comercio marítimo.

el naviero, por lo que cabe pensar que este concreto aspecto de la gestión puede entenderse como una actividad de promoción⁵⁶⁴.

De todas formas, a nuestro entender, dentro de la explotación integral del buque, la promoción nunca se convertiría en un elemento esencial del contrato extensible a los demás aspectos de la gestión. Y solo cabría plateárnoslo con respecto a este concreto aspecto de la gestión comercial, o si el contrato de gestión naval tuviera como único objeto la gestión comercial, y en ambas circunstancias se le encargara al *gestor*, no solo concluir contratos sino también buscar en el mercado contratos para la explotación comercial del buque. Porque no hay que olvidar, tal y como hemos señalado, la gestión comercial, representa de momento una parte muy pequeña del sector de la gestión naviera⁵⁶⁵.

Por otro lado, como veremos seguidamente, aunque ambos contratos presenta analogías, sus diferencias estriban precisamente en la distinta forma de orientar la actividad del *gestor* y las consecuencias económicas derivadas de la prestación de sus servicios marítimos especializados.

IV.2.3.3. Analogías más significativas entre ambos contratos

A nuestro modo de ver, donde ambas figuras -*gestor* y *agente*- presentan una mayor analogía es en las pautas generales de conducta que deben observar frente a su principal y en la realización de su actividad, que les obliga a actuar en todo momento conforme a cánones de diligencia

⁵⁶⁴Vid. Comunicación de la Comisión que establece orientaciones sobre las ayudas estatales a las compañías de gestión naviera /2009/C 132/06) DOUE 11.6.2009, al referirse de manera general al contenido de la categoría de gestión comercial utiliza el término promoción: “*La gestión comercial consiste en la promoción y venta de la capacidad de los buques, mediante actividades de flete, reserva de carga o pasajeros, comercialización y nombramiento de agentes...*”

⁵⁶⁵Vid. Comunicación de la Comisión que establece orientaciones sobre las ayudas estatales a las compañías de gestión naviera /2009/C 132/06) DOUE 11.6.2009 al referirse a la gestión comercial recoge expresamente que: “*...La gestión comercial es una parte muy pequeña de la gestión naviera...*” En igual sentido, MITROUSSI K., *The ship owners’ stance on third party ship management*”, cit., p. 34.

profesional. Así podemos observar que la actuación del agente en el contrato de agencia presenta ciertas similitudes con la del *gestor* del contrato de gestión naval, pues ambos han de actuar por cuenta ajena y en nombre ajeno⁵⁶⁶. Asimismo el agente ha de actuar siempre con la diligencia de un ordenado comerciante del desarrollo de su actividad⁵⁶⁷, y el *gestor*, como ya hemos avanzado,⁵⁶⁸ ha de realizar “*todos sus esfuerzos*”⁵⁶⁹ en proporcionar sus servicios, conforme a las buenas prácticas de administración general del buque, protegiendo los intereses del naviero. A ambos se les exige una

⁵⁶⁶Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J, “Mandato y Comisión mercantil en el Código de Comercio y en el proyecto de reforma”, cit., p.803, quien refiriéndose al contrato de comisión, pone de manifiesto que una de las notas esenciales de este contrato “se vincula al hecho de obrar por cuenta ajena “del comisionista; GARCÍA PITA Y LASTRES J.L., “La mercantilidad del contrato de comisión,” cit., p. 2830, nota 43 considera que esta nota está presente en el Derecho positivo español, desde el CCo 1929, en el artículo 116 –entre otros- la proclamaba cuando afirmaba que “*toda persona hábil para comerciar por su cuenta, según las leyes...-también- ejerce actos de comercio por cuenta ajena*”; QUINTÁNS EIRAS Mª R, *Las obligaciones fundamentales del agente...*, cit. pp. 191 y ss sobre la actuación del agente en nombre y por cuenta ajena. La idea de actuación por cuenta ajena –*tua res agitur*- es esencial y definitoria de este contrato, así como de los demás que forman la categoría de los de gestión de negocios ajenos.

⁵⁶⁷Vid BOTANA AGRA M, “El contrato de agencia en el Derecho español”, cit., p. 4-5, señala que el deber de diligencia de un ordenado comerciante que ha de emplear el agente en la ejecución de su actividad profesional, ha de situarse en la diligencia que pone en sus asuntos un comerciante *cuidadoso, reflexivo, sensato y conocedor de su oficio*; QUINTÁNS EIRAS Mª R., *Las obligaciones fundamentales del agente...*, cit., 340 y ss. La autora, considera que la diligencia debe valorarse en relación con la naturaleza intrínseca de la actividad ejercida, por lo que el agente tiene una diligencia específica que le diferencia de otros empresarios, debiendo actuar adoptando las medidas que, en el caso concreto adoptaría un ordenado comerciante experto en el tráfico de la agencia. Además el carácter de “ordenado” de la diligencia exigida a un empresario, se concreta en la actividad desarrollada por el agente, en una colaboración dominada por la nota de orden, es decir, se ha de aplicar a todos y cada uno de los actos que realiza los cuales deben conformar una regular y prudente gestión de los intereses del principal. De todos modos la concreción del modelo abstracto de diligencia del ordenado comerciante al contrato de agencia, su valoración ha de ser realizada en cada caso concreto a la vista de las circunstancias. A tal efecto, habrá de tenerse en cuenta cómo se comportan normalmente los agentes del mismo ramo de actividad en una circunstancias análogas a las consideradas de manera tal que podrá usarse como criterio para valorar esa diligencia, el que haría usado un agente normalmente diligente que se hubiera encontrado en aquellas circunstancias. Ver en parecidos términos SÁNCHEZ CALERO F, *Los Administradores en las Sociedades de Capital*, cit. p. 163 y ss., PALAU RAMÍREZ, F, “Las obligaciones del agente, en torno al artículo de la Ley sobre contrato de Agencia”, *RDM*, nº 230, 1998, pp. 1531 y ss. Ha de entenderse que el concepto de “ordenado comerciante” como una cuestión a determinar en cada caso concreto a la luz de los usos comerciales que rijan la operación de que se trate. Así por ejemplo el agente deberá promover o concluir todos los contratos posibles y convenientes para su principal.

⁵⁶⁸ Ver nuestras observaciones en apartado III.1

⁵⁶⁹ Vid www.bimco.org. Shipman 2009 Cláusula 8: Managers’ Obligations: *The managers undertake to use their best endeavours to provide the agreed Management Services as agents for and on behalf of the Owners in accordance with sound ship management practice and to protect and promote the interests of the Owners in all matters relating to the provision of services hereunder*”. Art.315 del PLNM “El ejercicio de las obligaciones del gestor ...deberá cumplir sus obligaciones con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, protegiendo los intereses del armador..”

actuación leal, de buena fe, que vele por los intereses de la persona por cuya cuenta actúan⁵⁷⁰. No está demás recordar lo que la doctrina⁵⁷¹ considera que ha de comprender tales cánones de conducta, así la lealtad exigida ha de entenderse en su sentido más genuino: como cumplimiento de lo que imponen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien. Y la buena fe, significa actuar con honradez, sin engaño, sin reticencia, haciendo honor a la confianza depositada por parte del empresario “fiado”, paradigmas que deben presidir el comportamiento del agente y del *gestor* en el ejercicio de su actividad profesional frente a su principal/naviero.

Por lo demás, en el contrato de agencia es un contrato de duración⁵⁷², en cuanto persigue una relación jurídica de colaboración duradera y basada en los conocimientos profesionales del agente, Esta colaboración duradera, también es típica del contrato de “*gestión naval*”⁵⁷³, aunque en el caso del gestor los conocimientos profesionales, están estrechamente relacionados su *lex artis*, porque sus actividades son esencialmente de carácter técnico lo que suele comportar ciertas exigencias de conocimiento de reglas predominantemente técnicas que puede reconducirse a la “pericia”⁵⁷⁴ como saber que exige la

⁵⁷⁰ SÁNCHEZ CALERO F./SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil...*, Vol. II, cit., p. 232 El contrato de agencia, es bilateral y da lugar a una relación jurídica que las partes han de cumplir lealmente y de buena fe (art. 9.1 y 10 LCA)

⁵⁷¹ BOTANA AGRA M, “El contrato de agencia en el Derecho español”, cit., p. 4. Además de explicar con claridad que debe entender por lealtad y buena fe, considera que en el trasfondo de la actuación leal y de buena fe exigida al agente, la concepción de la agencia como un negocio basado en la confianza que las partes deben tenerse. De ahí que, en correspondencia al deber de lealtad del agente, se imponga también al empresario la obligación de actuar lealmente y de buena fe en las relaciones con aquél.

⁵⁷² ANGULO RODRÍGUEZ L, “Otros contratos de colaboración”, cit., p.124. El autor considera que precisamente el carácter permanente o duradero del contrato de agencia lo distingue de la comisión, que es de carácter ocasional.; SÁNCHEZ CALERO F./SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil...*, Vol. II, cit., p. 231. Nótese que esta permanencia del agente es la nota esencial que sirve para diferenciar el contrato de agencia del de comisión. Ver en este sentido STS de 25 de febrero de 2009; de 9 de noviembre de 2012. Conviene recordar que antes de la tipificación legislativa del contrato de agencia, la doctrina y la jurisprudencia venían diciendo que este contrato era una subespecie del contrato de comisión.

⁵⁷³ Ver nuestras observaciones sobre el carácter duradero e indefinido del contrato de gestión naval apartado III.3., de este estudio.

⁵⁷⁴ WILLINGALE MALCOM, *Ship management...*, cit., pp. 105-114, “...Competence, safety and quality management...”

actividad de gestión de buques⁵⁷⁵ realizada por un profesional experto, como ya hemos tenido ocasión de señalar⁵⁷⁶.

Con respecto al alcance de las instrucciones⁵⁷⁷, que en ambos contratos, debe impartir el principal/naviero, y la sujeción a las mismas del agente/gestor, estimamos que los parámetros de razonabilidad que deben presidir las instrucciones impartidas por principal de modo que no afecten a la independencia del agente previstos en el art.9 de la LCA, son criterios que, aun con ciertos matices diferenciadores, se asemejan bastante a los que deben presidir las instrucciones del naviero al *gestor*, como ya hemos expuesto al analizar este aspecto en el contrato de arrendamiento de servicios mercantiles y en el contrato de comisión, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto en dichos apartados.⁵⁷⁸

IV.2.3.4. Distinta protección deparada al agente y al *gestor* frente a sus principales

La figura del agente que regula la actual Ley del Contrato de Agencia (LCA), puede decirse que tiene sus antecedentes inmediatos en el viajante de comercio, y en su etapa inicial el agente surge como figura compleja que

⁵⁷⁵ ARROYO MARTINEZ I, *Curso de Derecho Marítimo...*, cit. p.312

⁵⁷⁶ Ver nuestras observaciones en el apartado II.3.2. de este estudio.

⁵⁷⁷ Ver. MARTINEZ SANZ F., *La indemnización por clientela...*, cit., p.50 y ss.; MARTÍ SÁNCHEZ J N “El contrato de agencia,” cit. pp. 157 y ss.; QUINTÁNS EIRAS, M.R, *Las obligaciones fundamentales del agente...*, cit., p. 369 y ss. Las instrucciones no pueden ampliar o variar el contenido concreto del contrato de agencia, imponiendo al agente nuevas obligaciones por vía de instrucciones concretas. Las instrucciones razonables con carácter general son aquellas en las que lo razonable viene dado en función de que violen o no la independencia del agente.; PALAU RAMÍREZ F., “Las obligaciones del agente”, cit. p 1535, quien señala que el agente ha de adaptar el encargo a las circunstancias cambiantes de la realidad económica, por lo que las instrucciones no pueden configurarse de una manera rígida.

⁵⁷⁸ PÉREZ MORIONES A, *El contrato de gestión hotelera*, cit., p..276. En el contrato de “gestión hotelera”, las instrucciones dadas por el titular del hotel a la cadena hotelera, son actos de especificación del encargo establecido en el contrato, que ni conllevan un nuevo encargo, ni pueden ordenar algo diferente a la obligación central declarada de modo genérico. En este sentido, el límite más importante del poder de emitir instrucciones es el propio contenido contractual. Esta reflexión realizada por la autora estimamos que es aplicable al contrato de “gestión naval”.

combina rasgos, del Comisionista de quien toma el rasgo de independencia y de los auxiliares del comerciante, de quienes le viene su nota de estabilidad o permanencia.

Asimismo, puede decirse que esta figura⁵⁷⁹, como un tipo contractual autónomo, está relacionada con la promulgación de leyes especiales sobre este contrato y sobre los agentes comerciales⁵⁸⁰, orientadas por la finalidad de proteger a éstos, frente a sus comitentes, protección que en su momento encontró amparo en el grado de poder corporativo del sector, así como, en el nivel de compromiso de los Poderes públicos con la profesión de los agentes comerciales.⁵⁸¹ Por esta razón, la aparición de esas leyes especiales sobre los agentes comerciales resulta determinante en el proceso de nacimiento de la figura contractual regulada por LCA que configura su régimen jurídico como derecho imperativo⁵⁸², sobre la base de necesidad de protección especial, que necesita el agente frente a su principal, por considerarlo presuntamente la parte débil del contrato cuestión que subyace en gran parte del articulado de la Ley, como examinamos más adelante⁵⁸³.

Por el contrario, como ya hemos venido repitiendo, el origen del contrato de gestión naval, viene propiciado por la necesidad de regular en

⁵⁷⁹ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. *Tratado...*, cit., p 531, señala que el contrato de agencia y la figura del agente comercial son de aparición tardía.

⁵⁸⁰ Reglamento del Cuerpo de Agentes Comerciales, aprobado por Decreto de 21 de enero de 1942. Estatuto General de los Colegios Oficiales de Agentes Comerciales, aprobado por RD 3595/1977 de 30 de diciembre, y RD 1438/1985 de 1 de agosto, se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas.

⁵⁸¹ ORTEGA PRIETO E, *El contrato de agencia*, ed. Deusto, Bilbao 1993, pp.20 y ss.

⁵⁸² VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, cit., p.303. Los preceptos imperativos de la Ley de Agencia pone de manifiesto un cierto carácter tuitivo del agente, al que, pese a ser un empresario independiente, se le presupone cierta relación de inferioridad o de menor poder de negociación frente al empresario.

⁵⁸³ PALAU RAMÍREZ F, “Comentarios”, cit., p. 90. El autor considera que la proclamación de la imperatividad de los preceptos de la LCA fue el fruto de una decisión de política legislativa, basada en la presuposición de que el contrato de agencia es una relación jurídica de clara asimetría, con un contratante débil, que es el agente, a quien hay que proteger legalmente, frente a su principal, incluso aunque el propio agente sea, a su vez, otro empresario.

términos de equidad las relaciones de dos empresarios del sector marítimo – el naviero y el *gestor* especializado en servicios marítimos- por eso BIMCO, cuando redacta el formulario del contrato de gestión de buques (*Standard ship management agreement*), su finalidad es buscar el equilibrio entre las distintas prestaciones que ha de realizar las partes, porque se considera que ambas intervienen en un mismo plano de igualdad, y que sus relaciones son simétricas, por lo que no es necesario proteger especialmente a ninguna de ellas, este espíritu equitativo se desprenden del examen del pacto contractual en su conjunto .

A nuestro modo de ver, esta distinta perspectiva, es de sumo interés a la hora de una posible aplicación analógica de algunos de los preceptos del Contrato de Agencia, como iremos viendo al analizar aquellos aspectos que consideramos más relevantes en relación con el contrato de gestión naval.

IV.2.3.5.El régimen general de no exclusividad del *gestor*

Es posible que el agente, pueda desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios. Ahora bien, en cualquier caso para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiere obligado a promover, el agente necesitará el consentimiento del empresario o empresarios con los que primero se obligó a ejercer su actividad típica (art. 7 LCA)⁵⁸⁴. La doctrina⁵⁸⁵, considera que esta necesidad de autorización del o de

⁵⁸⁴ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, cit., p.306. La regla en realidad es la de que no puede competir en la misma actividad que la del principal, salvo autorización de éste.

⁵⁸⁵ BOTANA AGRA M, “El contrato de agencia en el Derecho español”, cit. p.4; QUINTÁNS EIRAS, M. R., *Las obligaciones fundamentales del agente...*, cit., p. 306.

los empresarios a los que está ligado en virtud del contrato de agencia, tiene sus justificación en la lealtad y fidelidad con que debe conducirse el agente⁵⁸⁶.

Lo cierto es que el citado artículo trata de solventar un problema de conflicto de intereses entre un principal y otros que lo fueran del mismo agente mediante la técnica de la prohibición/autorización⁵⁸⁷. Se contempla un supuesto mixto, por un lado se recoge la prohibición de competencia en sentido estricto, esto es, la prohibición de que el agente compita con su principal realizando la misma actividad. Y por otro lado, se recoge una exclusiva en relación con los terceros, toda vez que el agente que preste servicios a otros empresarios competidores necesitará autorización expresa, por lo que este último supuesto aunque no puede ser calificado de cláusula de exclusiva en *stricto sensu*, tampoco es propiamente una prohibición de competencia en sentido tradicional⁵⁸⁸. Por consiguiente, podríamos llegar a concluir que tales las restricciones nos indican los límites que el principal impone al agente a la hora de ejercer su actividad profesional

La no concurrencia impuesta al agente durante la vigencia de su relación contractual con el principal, también puede extenderse una vez finalice aquélla de acuerdo con lo previsto en los arts. 20 y 21 LCA, aunque en este caso la limitación de competencia constituye un “*accidentali negotii*”⁵⁸⁹ porque no surge inmediatamente del contrato de agencia, sino ha de ser

⁵⁸⁶ QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Las obligaciones fundamentales del agente...*, cit., p.306

⁵⁸⁷ ALONSO SOTO R/SÁNCHEZ ANDRÉS A, “Los contratos de colaboración”, cit. p. 108

⁵⁸⁸ Vid. LLOBREGAT HURTADO, M.L. *El contrato de agencia mercantil*, cit., pp. 165 y ss; QUINTÁNS EIRAS, M^a R., *Las obligaciones fundamentales del agente...*, cit., p. 310. Lo cierto es que, en la práctica, normalmente van unidos ambos tipos de acuerdos, ya que por un lado, al principal, le interesa que su agente no promocione productos competitivos con los suyos, a la par que al agente le interesa que se le garantice una zona en la que realizar su actividad, sin la presencia de otros agentes que promocionen el mismo producto y que compitan con él, lo cual además le compensa de limitación que comporta el hecho de no realizar actividades competitivas con las del empresario principal.

⁵⁸⁹ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., *Derecho Mercantil de las obligaciones...*, cit., pp. 447.

adicionalmente pactada por escrito⁵⁹⁰ y se refiere a la limitación de las actividades profesionales a desarrollar por el agente una vez extinguido el contrato, pero que en todo caso no podrá tener una duración superior a dos años⁵⁹¹.

Por el contrario en el contrato de gestión naval del formulario BIMCO, como hemos adelantado, no hay ninguna referencia a un pacto de exclusividad, el *gestor* goza de plena libertad a la hora de prestar sus servicios profesionales a todos aquellos clientes que decidan contratarlos, es más, ni tan siquiera existe la más mínima limitación, ni en cuanto a que la naturaleza o clase de servicios marítimos, ni tampoco por lo que se refiere al tipo o clase de buque objeto de prestación de aquéllos.

Por lo que se refiere a la gestión comercial, el naviero acude al *gestor* por su profesionalidad y experiencia en la gestión de buques ajenos⁵⁹², con el propósito no solo de reducir costes, sino también de lograr mejoras y asesoramiento estratégico que le permita promocionar la explotación del buque; y por su parte, el *gestor* ofrece sus servicios sobre la base de tales características, que precisamente adquiere y tienen relevancia, cuanto mayor sea la flota de buques que gestiona de forma competente, y que habrá de contribuir a su prestigio profesional en el mercado, así, en la práctica una empresa de gestión de buques de tamaño medio gestiona una flota entre 35 a 45 buques⁵⁹³. Por lo demás, la gestión simultánea y conjunta de distintos buques de diversos navieros, es la práctica habitual en las empresas de gestión de buques, porque precisamente, con ello se logra tener una organización especializada, dinámica, capaz de afrontar los cambios y las oportunidades de

⁵⁹⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, cit. p.307. No es algo derivado de forma natural del contrato... pero se puede pactar y, de hecho, se trata de una cláusula muy usual en este tipo de negocios.

⁵⁹¹ BÉRCOVITZ ÁLVAREZ R, “Contrato de Agencia”, cit., p.243.

⁵⁹² GORTON L/ IHRE R/ SANDEVÄRN, *Shipbroking and chartering practice...*, cit., p. 119.

⁵⁹³ MITROUSSI KYRAKI, “The ship owners’ stance on third party ship management”, cit., p. 33.

negocio que se presentan en el globalizado y cambiante mercado de fletes, con la finalidad de proporcionar servicios con valor añadido, de modo que los buques que gestionan consigan ventajas competitivas que sus clientes, con su organización interna, no podrían obtener a un coste razonable.

Por consiguiente, si el desarrollo de su actividad de gestión pudiera comportar algún conflicto de intereses entre sus clientes, se espera que el *gestor* habrá de resolverlo desplegando sus buenas prácticas de administración de buques actuando de forma leal cara a sus clientes de acuerdo con los principios pactados en el contrato. Por otra parte, el *gestor* estará también interesado en evitar cualquier conflicto de intereses y en caso de surgir pondrá todos sus esfuerzos en solucionarlo, porque el desarrollo y éxito de su empresa está directamente relacionado con su buen hacer profesional como gestor de buques ajenos, y que su clientela – los distintos navieros- esté satisfecha con sus servicios, so pena, que en caso contrario buscarán otra empresa de gestión de buques⁵⁹⁴. En su consecuencia carecería de sentido imponer algún tipo de restricción relativo la actividad del gestor, tanto durante, como una vez finalizada la relación contractual entre las partes.

IV.2.3.6. Extinción del contrato: ¿Es posible la “vis expansiva” del régimen de indemnizaciones complementarias previstas en LCA al contrato de *gestión naval*?

A los efectos que ahora interesan, vamos analizar las consecuencias económicas que se derivan de la extinción del contrato por desistimiento unilateral de cualquiera de las partes por medio de preaviso por escrito, circunstancia común que comparten ambos contratos, por ser de duración

⁵⁹⁴ PRICE D “Managing Reputation: The Owner/Manager Relationship”, cit., p.11. Quien afirma que la reputación de una empresa es uno de sus activos más importantes. Por lo tanto una buena reputación, es vital para el éxito en el desarrollo de una empresa de gestión de buques, porque operan en un entorno muy competitivo y están expuestas a todo tipo de riesgos.

indefinida. En el caso del contrato de gestión naval del derecho de los formularios, el desistimiento unilateral por medio de preaviso, viene establecido por las partes, así desde la primera versión del formulario de BIMCO, se contempla como causa de extinción, y en el contrato de agencia es la propia Ley la que recoge la posibilidad de extinción por desistimiento unilateral con preaviso⁵⁹⁵.

La importancia del desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida ha sido puesta manifestado por los Tribunales⁵⁹⁶ y la doctrina⁵⁹⁷ porque consideran que mediante este recurso se impide que tales pactos sean inamovibles e ilimitados, -tanto en el tiempo como en el espacio- permite prever la pérdida o disminución de la confianza o hacer frente a eventuales problemas que pueden surgir en la aplicación del contrato, tales como la excesiva onerosidad económica o la prevalencia del interés de uno de los contratantes.

Por otra parte, hay que tener presente que tal declaración de denuncia unilateral ha de realizarse necesariamente de buena fe, de acuerdo con los art. 7 y 1258 del CC y 57 del CCo. Razón por la que se acuerda o se impone la existencia de un plazo de preaviso razonable, con la finalidad de permitir a la otra parte adoptar las medidas necesarias para prevenir la situación que a ella le produce la extinción, y así evitar los perjuicios que le pueda ocasionar⁵⁹⁸.

Pues bien, la diferencia sustancial entre ambos contratos, son los efectos económicos que se derivan de dicho desistimiento unilateral. En el contrato de gestión naval de derecho de los formularios, se prevé que el

⁵⁹⁵ Vid. GÓMEZ SEGADE, J.A./TATO PLAZA, A., "La extinción del contrato de agencia" en *Ciencias Humanas y sociedad*, Madrid, (Tecnos) 1971, T. II, pp. 409 y ss.; LLOBREGAT HURTADO M.L., *El contrato de agencia mercantil*, cit. pp. 195 y ss.

⁵⁹⁶ Vid. SSTs, 12 de julio de 2012; 10 de noviembre de 2008; 16 de mayo y 11 de diciembre de 2007; 19 de diciembre 2005, entre otras muchas.

⁵⁹⁷ Por todos DIEZ-PICAZO, L *Fundamentos de Derecho civil*, Vol., II, cit., pp. 907 y ss.

⁵⁹⁸ DIEZ-PICAZO, L *Fundamentos de Derecho civil*, Vol., II, cit., pp. 907.

naviero y el *gestor* deberán durante el período de preaviso, seguir cumpliendo con las obligaciones contractuales asumidas por cada uno de ellos hasta el momento de extinción del contrato, circunstancia que se producirá al vencimiento del plazo de preaviso, y una vez finalizado el naviero deberá seguir pagando al *gestor* los honorarios por el periodo de tiempo pactado por las partes en el contrato, y en su defecto se aplicará un período de noventa (90) días⁵⁹⁹. Y para el caso de que haya asumido la gestión de la tripulación, el naviero continuara pagando los costes de mantenimiento durante el mencionado periodo de tres meses y contribuirá al pago en un porcentaje equitativo de cualquier coste por despido que pueda tener lugar, con un límite máximo establecido por las partes a la firma del contrato. No se recoge ninguna otra especialidad en relación con las demás funciones, técnica, comercial o aseguradora.

Hay que destacar que en cualquier supuesto de terminación del contrato, que no se deba a una extinción irregular por incumplimiento de las partes, el formulario de BIMCO, recoge como única indemnización de carácter objetivo y determinada, el pago adicional de los honorarios pactados correspondientes al periodo que de mutuo acuerdo establezcan las partes y, en su defecto se abonará la cantidad que corresponda a los honorarios devengados por un período de noventa días conforme al presupuesto anual aprobado por el naviero.

Por el contrario, en la LCA, subyace una protección del agente por considerarlo presuntamente la parte más débil en la relación de agencia, lo que contribuye a justificar que aquél pueda percibir a la terminación del contrato por desistimiento unilateral mediante preaviso, dos tipos de

⁵⁹⁹ Vid. www.bimco.org, Shipman 2009 Explanatory Notes. 22 . (g) Termination.

indemnización⁶⁰⁰, compatibles entre sí y por tanto acumulables: La indemnización por clientela, y la indemnización por inversiones o por gastos incurridos a instancia del empresario en la preparación de su actividad, que no le haya dado tiempo a amortizar al tiempo de la extinción (arts. 28 y 29 LCA)

Como puede observarse, los efectos económicos derivados la resolución unilateral en ambos contratos es muy diferente, nosotros creemos, que en principio, no cabría aplicar la *vis expansiva* de las indemnizaciones complementarias previstas en la LCA al contrato de gestión naval del derecho de los formularios (Shipman 2009 de BIMCO), porque en éste tal como hemos reseñado supra, ambas partes en el ejercicio de la libertad contractual, han configurado libremente el contenido del contrato y han establecido de mutuo acuerdo la posibilidad de resolución unilateral del contrato mediante preaviso, contemplando expresamente la percepción de una indemnización determinada⁶⁰¹. Además para la fijación del quantum de la misma se puede observar que no se refiere a un daño evidente, por ser *in re ipsa*, se trata por tanto de un daño que no necesita prueba, pues no resulta de lo debido, porque el daño deriva de la repercusión que la resolución unilateral del contrato ha podido tener como consecuencia de las circunstancias concurrentes y esta repercusión ya la han tenido en cuenta las partes para este y no para otros menesteres, al establecer la cláusula a la firma del contrato, definiendo así qué es a lo que se obligan.

Por tanto, a nuestro modo de ver, dicho pacto tiene la condición y naturaleza jurídica de ser susceptible de clasificarse de resolución

⁶⁰⁰ Vid. MONTEAGUDO M., *La remuneración del agente*, cit., p. 59 y ss., El autor realiza una interesante comparación del derecho comparado, poniendo de manifiesto que esta previsión también ha sido adoptada en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea.

⁶⁰¹ GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit. pp. 356 y ss., El autor considera que : *La libertad contractual incluye elegir el tipo contractual y configurar el contenido del contrato ambas –o todas- las partes, respondiendo a los intereses y voluntades singulares de todos los intervinientes. Así corresponde a los contratantes como consecuencia de un debate libre y abierto, definir a qué es a lo que se obligan...*”

convencional pactada e incorporada al contrato en base al principio de autonomía de la voluntad⁶⁰². Por consiguiente, creemos que no debería aplicarse un criterio expansivo de las indemnizaciones previstas en la LCA, porque pondría en evidente riesgo la eficacia y la fuerza obligatoria del contrato. Pues estamos ante un contrato libremente pactado para la prestación de servicios profesionales de gestión de buques, en el que se inserta unas cláusulas de resolución convencional, mediante las cuales se libera a una de las partes contratantes cuando por su voluntad abandona la relación contractual, y se fija una indemnización en el marco de una relación contractual vinculante para los interesados. Por ello, en nuestra opinión, aplicar analógicamente los arts. 28 y 29 de la LCA, implicaría alterar las reglas de un acuerdo mutuamente aceptado para una liquidación de las consecuencias económicas resultantes del desistimiento, acordes con las prácticas profesionales del negocio marítimo, que condujeron a las partes a obligarse a mutuas prestaciones.

Por último, cabría preguntarse, ¿sí en el contrato de *gestión naval* no se hubiera pactado indemnización alguna para el supuesto de desistimiento: sería posible la extensión de las mencionadas indemnizaciones de la LCA?. A nuestro modo de ver, esta hipótesis no sería factible con respecto a la gestión técnica, laboral o aseguradora del buque, porque el *gestor* en el desempeño de las mismas no realiza ninguna actividad de promoción, por lo que, como hemos señalado, no son aplicables los preceptos del contrato de agencia. Por tanto, la hipótesis sólo es posible plantearla, respecto de la gestión comercial, cuando se trate de la concreta faceta de “*buscar, negociar y concluir contratos*”

⁶⁰² Vid. SSTs 30 de diciembre de 1992; 5 de junio de 2009; d 24 de junio de 2010 en relación con un contrato de prestación servicios en que se prevé la resolución unilateral del contrato con una indemnización pactada a favor del prestador. “..un contrato libremente pactado para la prestación de unos servicios profesionales en el que se inserta una cláusula que la sentencia califica de “*resolución convencional*” mediante la cual se libera a unas de las partes contratantes y se fija la indemnización en el marco de una relación contractual vinculante para los interesados...”

para el empleo del buque”, pues en ella la labor del *gestor* puede contribuir a promocionar la actividad empresarial del naviero⁶⁰³.

Para ello vamos a analizar los presupuestos de una y otra indemnización para determinar, posteriormente si es posible su extensión al mencionado aspecto de la gestión comercial del buque en el supuesto de haberse omitido en el contrato una indemnización por desistimiento unilateral.

a) La indemnización por clientela

El agente tendrá derecho a una indemnización por clientela cuando haya captado nuevos clientes o se haya producido un incremento sensible de las operaciones realizadas con clientes preexistentes. Mediante esta indemnización lo que se pretende es compensar al agente porque su actividad anterior seguirá produciendo ventajas sustanciales al empresario después de extinguido el contrato⁶⁰⁴; e incluso también puede considerarse una forma de compensar al agente por los pactos de limitación de la competencia que hubiera suscrito de acuerdo con el art. 20 a los que nos hemos referido en el apartado anterior.⁶⁰⁵ De todos modos, hay que destacar que la indemnización por clientela no se genera automáticamente por el simple hecho de la

⁶⁰³ QUINTÁNS EIRAS, M.R. “Naturaleza Jurídica del contrato de gestión naval”, en GARCÍA PITA Y LASTRES J.L. (Dir.) *Estudios de Derecho Marítimo*, ed. Aranzadi, Navarra 2012, p 468-469. La autora considera que *cuando al Shipmanager se le encargue contratos que tiendan a fomentar la buena marcha del negocio del principal, ya sean transportes, fletamentos, etc. Esta actividad conserva las características propias de los contratos de distribución....desde esta perspectiva entendemos que nos encontramos ante un contrato de agencia mercantil.. Sin embargo, en aquellos contratos de gestión naval en que no se encargue al Shipmanager la gestión comercial, sino únicamente la gestión técnica u otras actividades, no podemos sostener que exista una actividad de promoción del negocio del naviero....”.*

⁶⁰⁴ MARTINEZ SANZ F, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, Madrid, 1998, pp.89 y ss.

⁶⁰⁵ BÉRCOVITZ ÁLVAREZ R, “Contrato de Agencia”, cit., p.253; BROSETA PONT M./, MARTÍNEZ SANZ F., *Manual de derecho Mercantil...*, Vol. II, cit., p., 128 “... *En aquellos contratos de agencia en los que se haya pactado expresamente una cláusula de prohibición concurrencial al amparo del artículo 20 LCA, resultará equitativo, a priori, concederle al agente indemnización por clientela.*”

extinción, sino que es necesario que concurra sino todas sí al menos algunas de las circunstancias mencionadas⁶⁰⁶.

Por otra parte la indemnización por clientela reviste gran importancia en la práctica y, de hecho, es la más frecuentemente reclamada por el agente tras la extinción del contrato. En los últimos años se ha producido por nuestro Tribunal Supremo⁶⁰⁷, una tendencia a invocar analógicamente el régimen de indemnización por clientela regulado en la LCA, para aplicarlo a supuestos de resolución de contratos de distribución en *exclusiva*⁶⁰⁸. No obstante, la jurisprudencia no es unánime en este sentido, pues también existen casos en los el Tribunal Supremo⁶⁰⁹ ha negado expresamente la aplicación analógica de las normas de la LCA sobre indemnización por clientela, a otros contratos de colaboración entre empresarios⁶¹⁰.

Respecto de la naturaleza jurídica de esta indemnización se han barajado distintas teorías. Cierta doctrina⁶¹¹ y la gran parte de las resoluciones judiciales estiman que su fundamento está en el enriquecimiento injusto del empresario, que disfrutará a partir de ahora de una clientela que ha sido lograda por el antiguo agente. Sin embargo en los últimos años han surgido

⁶⁰⁶ VALPUESTA GASTAMINZA E, “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, cit., p.318

⁶⁰⁷ Véanse entre otras SSTs 12 junio 1999; 14 de febrero de 1997; y 27 de mayo de 1993

⁶⁰⁸ PELÁEZ SANZ F. J., “Los problemas procesales en los contratos de agencia, distribución y franquicia. En especial, la técnica probatoria” en *Contratos de agencia, distribución y franquicia* del CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2007, pp., 53-80

⁶⁰⁹ Véase STS de 20 de enero 2000 respecto de un contrato de concesión. STS de 21 de abril de 2006 con respecto a un arrendamiento de servicios.

⁶¹⁰ Vid. sobre la indemnización por clientela y su extensión por analogía a los contratos de distribución, BÉRCOVITZ ÁLVAREZ R, “Contrato de agencia”, cit., pp. 254 y ss. ; QUINTÁNS EIRAS, M^a R. *Delimitación de la agencia...*, cit., pp., 364 y ss.; VALPUESTA GASTAMINZA E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, cit., pp. 324 y ss.

⁶¹¹ BOTANA AGRA M, “El contrato de agencia en el Derecho español”, cit., p.13, el autor estima que la LCA reconoce al agente una indemnización por aportación de nuevos clientes al empresario, ya se fundamente en la doctrina del enriquecimiento injustificado, ya en el principio de la buena fe o ya en exigencias de protección de la parte que se estima más débil; LLOBREGAT HURTADO ML, *El contrato de agencia mercantil...*,cit., p. 247; RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “La denuncia unilateral sin justa causa en el contra de agencia por tiempo indeterminado” ADC, 1985, p. 61;

otros autores⁶¹² que han criticado este planteamiento, porque consideran que no existe enriquecimiento injustificado, -porque lo justifica la propia posibilidad de denuncia, conocida por las partes desde un principio-, y por tanto defienden una naturaleza remuneratoria-compensatoria, combinada en ciertos autores con la protección social del agente⁶¹³, de manera que se estaría así retribuyendo a al agente por el esfuerzo desplegado o por la pérdida de comisiones respecto de una clientela lograda por el agente.

Pues bien, si se admite que en la indemnización por clientela puede estar amparada en la necesidad de proteger al agente por ser la parte más débil, ello conllevaría la ruptura de los principios comunes de igualdad formal entre las partes, por lo que tan sólo sería susceptible de aplicación a supuestos en los que se apreciara idéntica necesidad de tutela⁶¹⁴. Por consiguiente, la aplicación extensiva de la indemnización por clientela quedaría condicionada al requisito de que el *gestor* presentara idéntica necesidad de protección que el agente en el momento extintivo de la relación contractual, circunstancia que en la práctica difícilmente se produciría en el contrato de gestión naval, pues como hemos venido analizando, el contrato está basado en una relación entre iguales, que han buscado regularse con pactos basados en la equidad, por tanto en principio no existe una parte más débil en la relación contractual a la que sea necesario proteger como contraposición a la protección que parece exigir la figura del agente.

⁶¹² MARTINEZ SANZ F, *La indemnización por clientela...*, p. 109 y ss.; MONTEAGUDO M., *La remuneración del agente*, cit., p.59. QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Delimitación de la agencia mercantil...*, cit., p. 377. Estos autores consideran que la indemnización por clientela está dirigida a la compensación por la pérdida de comisiones respecto de una clientela obtenida o incrementada por el agente y al mismo tiempo satisface una finalidad de adecuada liquidación del “activo común” – la clientela- que se disuelve dada la terminación del contrato.

⁶¹³ PAZ ARES, C, “La indemnización por clientela en el contrato de concesión”, *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Duque*, T.II, 1997 pp. 5 y ss. . Este último autor defienden que la mencionada institución tiene naturaleza tuitiva y carácter compensatorio, y que aquella tiene sustancia o finalidad social , -de ahí que sea imperativa

⁶¹⁴ PÉREZ MORIONES A, *El contrato de gestión hotelera*, cit., p. 375. Considera que en supuesto del Contrato de Gestión Hotelera, la cadena horterera no parece requerir la protección que se entiende necesita el agente, dado que, *a priori*, tal y como se observa no sólo en el momento de formación del mismo, sino también a lo largo de su ejecución.

De todos modos, aún desde las demás perspectivas mencionadas, creemos que el contrato de gestión naval, presenta una serie de especialidades que pueden explicar las dificultades para extender al mismo la indemnización por clientela.

En el ámbito de la *gestión de buques*, el *gestor* como experto se compromete a concluir contratos para la explotación comercial del buque, ya sean transportes, fletamentos etc. El *gestor*, por su profesionalidad y experiencia, obtiene esos contratos debido a una amplia gama de contactos comerciales, que le permiten establecer una red internacional de colaboradores en lugares estratégicos mundiales Y también es habitual que debido a largos años de colaboración mantenga estrechas cooperaciones con distintos fletadores o cargadores en cualquier puerto del mundo, o intensas relaciones comerciales con alguno de los centros de brokers de alguna plaza líder del mercado mundial (por ej. Hamburgo, Londres, etc.), y gracias a todo ello puede encontrar las mejores oportunidades de fletamento/transporte para el buque teniendo en cuenta el perfil comercial de sus clientes – los navieros- y clase de buques gestionados.

Consecuencia de tal forma de operar es que la vinculación no se establece tanto entre los clientes y el naviero, como entre aquéllos y el *gestor*; porque los clientes contratan con el *gestor* atraídos por su actividad profesional y éste es quien aconseja a los clientes la elección uno u otro buque de entre la flota que se encuentra bajo su gestión. De ahí que los clientes, fletadores/cargadores, casi con seguridad, volverán a recurrir a la misma empresa de *gestión de buques*, con la que han contratado si han quedado satisfechos con la calidad del servicio prestado. La profesionalidad y el prestigio del *gestor*, en el mercado del negocio marítimo, está basado especialmente en que los buques que gestiona cumplen con todos los estándares de calidad, y seguridad conforme a las normas internacionales, que

el pabellón bajo la que navegan es seguro, que tienen una baja siniestralidad etc.⁶¹⁵, todo estas circunstancias es lo que hará que los clientes vuelvan a contratar con el *gestor naval* que ha satisfecho sus expectativas. Ello explica, por qué algunos navieros pueden estar interesados en externalizar la gestión comercial de su buque, entre otras razones, para poder disponer de ventajas competitivas que le otorga la gestión profesionalizada del *gestor* y su posicionamiento en el mercado internacional⁶¹⁶.

Por lo tanto en la práctica habitual será difícil que el elemento de aportación de nuevos clientes⁶¹⁷ y/o el aumento sensible de las operaciones⁶¹⁸ que realizaba del buque antes de ser gestionado por el *gestor*, perdure una vez se extinga la relación contractual entre el naviero y el gestor, por lo que no habrá lugar a establecer una relación comercial duradera entre el cliente y el naviero del buque gestionado, que supondría ventajas sustanciales para el naviero que pudieran dar lugar al nacimiento de la indemnización por clientela⁶¹⁹.

Además no hay olvidar que en el contrato de *gestión naval* no existe limitación de exclusividad, ni se establece ningún tipo de restricción de competencia, durante ni después de la resolución del contrato que contribuya a justificar tal indemnización. Y tampoco tiene relevancia la pérdida de posibles comisiones con la resolución del contrato, ya que la remuneración del *gestor* se fija por una cantidad a tanto alzado en el presupuesto anual elaborado por el *gestor* y aprobado por el naviero. Si bien, se prevé con carácter general que cualquier descuento o comisión obtenido por el *gestor* en el ejercicio de sus gestión serán abonados al naviero, también cabe la posibilidad, de pactar

⁶¹⁵ PRICE D., “Managing Reputation: The Owner/Manager Relationship”, cit. p. 10-14

⁶¹⁶PIRKATIS V./NIKITAKOS N., “outsourcing in shipping companies: state of the art review”, cit., p. 9.

⁶¹⁷Ver MARTINEZ SANZ F., *La indemnización por clientela...*, cit., p. 106; LLOBREGAT HURTADO M.L., *El contrato de agencia...*, cit., p. 247 y ss.

⁶¹⁸ Ver SSTs de 22 de marzo de 1998; 19 de abril de 1989 y SAP Barcelona de 18 de mayo de 1990

⁶¹⁹ MARTINEZ SANZ F., *La indemnización por clientela...*, cit., p. 137.

expresamente que tales descuentos o comisiones puedan ser percibidos por aquél si tiene encomendada la gestión comercial, pero la no percepción de tales descuentos nunca supondrán para el *gestor*⁶²⁰, un perjuicio ni tan siquiera similar que para el agente puede suponer dejar de percibir las comisiones que le pudieran corresponder por la clientela creada⁶²¹, ya que en el contrato de agencia aunque la remuneración puede ser una cantidad fija, lo más frecuente es que la remuneración consista en una comisión, y su fijación está sujeta a variables como en número (volumen) o el valor (cuantía) de los actos u operaciones en las que el agente haya intervenido⁶²². La comisión es por tanto el componente normal y ordinario de la remuneración del agente⁶²³, de ahí que para él tenga especial relevancia la pérdida de comisiones y por tanto de ingresos que lleva aparejada la extinción del contrato

b) La indemnización por inversiones no amortizadas

Por lo que ahora interesa, la segunda indemnización referente a los daños y perjuicios, se sostiene según nuestra doctrina⁶²⁴ en que la dicción del art. 29 LCA contrarresta o matiza el propio tenor del art. 18 LCA. Y ello porque frente a la regla general que impide, salvo pacto en contrario, el reembolso de gastos derivados de la actividad profesional del agente, la norma del art. 29 LCA ordena indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no

⁶²⁰ Vid. www.Bimco.org SHIPMAN 2009 Explanatory Notes.

⁶²¹ LARRUMBE LARA, “Problemas prácticos en la aplicación de la ley sobre contrato de agencia”, en cuadernos de Derecho Judicial, monográfico sobre Contrato de agencia, distribución y franquicia, ed. C.G.P.J., Madrid 2007 p. 98

⁶²² BOTA AGRA M, “El contrato de agencia en el Derecho español”, cit., p.7. Considera que ciertamente, la remuneración, consistente tan sólo en una cantidad fija encaja con cierta dificultad en el contrato de agencia. Por eso, a menos que se adopte este sistema para remunerar actos u operaciones aisladas es lo más frecuente que la remuneración consista en una comisión o en una combinación de ésta con una cantidad fija. y por ello se comprende que la LCA se detenga en diversos puntos relacionados con la regulación de la misma.

⁶²³ Vid. SSTs de 17 de noviembre de 1998 de mayo de 2008 y 3 de diciembre de 2008

⁶²⁴ Ver en este sentido, MONTEAGUDO M, *La remuneración del agente...*, cit. p. 61 BOTANA AGRA M, “El contrato de agencia en el Derecho español”, cit., p.14 VALENZUELA GARACHA F, “La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992 de 27 de mayo” DN 1993, nº 37, p. 9.

permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato⁶²⁵.

Por tanto los elementos que han de concurrir para el nacimiento de la mencionada indemnización son la existencia originaria o sobrevenida de gastos o inversiones instruidos por el empresario principal y la insuficiencia de la duración efectiva del contrato, ha frustrado las expectativas de la amortización total de la inversión. Los Tribunales⁶²⁶ han venido matizando que debe tratarse gastos realizados a instancia del empresario y que la inversión fuera precisa para desarrollar adecuadamente el encargo conferido. Así como que no habrá lugar a indemnización si el agente puede aprovechar la inversión en la actividad que vaya a desarrollar⁶²⁷.

En buena lógica, también va a ser extremadamente improbable que se dé este supuesto en materia de *gestión de buques*; porque el naviero ha decidido relacionarse contractualmente con el *gestor* al que le confía la administración de su buque o flota, precisamente, porque el gestor como empresario especializado en servicios de gestión de buques, goza de todos los medios técnicos y humanos así como de la experiencia necesaria para llevar a cabo satisfactoriamente la mencionada actividad. Atendiendo al concepto de actividad profesional especializada en servicios de gestión marítima, el *gestor* en su organización empresarial llevará a cabo todas aquellas inversiones estándar e innovaciones de gran alcance que considere necesarias para atender las necesidades de sus clientes y así poder ofrecer una gestión competente y eficaz, de modo que las inversiones que realice estarán destinadas a

⁶²⁵ MARTINEZ SANZ F., *La indemnización por clientela*, cit. pp.260 y ss.

⁶²⁶ SSTs 11 diciembre de 2007; 21 de octubre de 2009 6 de noviembre de 2012, entre otras.

⁶²⁷ VALPUESTA GASTAMINZA E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios”, cit., p.321.

prestaciones análogas para los distintos servicios que se presten a los buques bajo su administración⁶²⁸.

Además hay que tener en cuenta que, en el contrato de gestión naval⁶²⁹, el naviero además del pago de la remuneración pactada, reembolsará al *gestor* todos los desembolsos y gastos de cualquier clase que hayan sido contraídos y realizados razonablemente por el *gestor* en conexión con la provisión de los servicios contratados. Así mismo anualmente se realiza un presupuesto con las previsiones de costes operativos que será aprobado por el naviero, por lo que en el hipotético caso de tener que realizar alguna inversión a petición del naviero sería éste quien se haría cargo de su abono⁶³⁰. Por tanto si el *gestor*, realiza inversiones que utiliza en beneficio de los buques bajo su gestión - lo que será habitual en la modalidad contractual que nos ocupa-, las mismas no podría ser objeto de indemnización porque lo que se indemniza es el perjuicio ocasionado en el supuesto de no recuperarlas o amortizarlas, y no la inversión en sí⁶³¹.

De las observaciones precedentes, para el supuesto que en el contrato de gestión naval no se hubiera previsto ningún tipo de indemnización por desistimiento unilateral, y al gestor le fuese encomendado dentro de la gestión comercial la concreta faceta de “*buscar contratos para el empleo del buque*”, aún en este hipotético caso, a nuestro modo de ver, sería muy excepcional y , por lo tanto, improbable, que el gestor tuviera derecho a las indemnizaciones que prevén los artículos 28 y 29 de la LCA, por lo que habría que examinar si concurren todas las circunstancias concretas de hecho para su posible

⁶²⁸PANAYIDES PHOTIS M., “Competitive strategies and organizational performance in ship Management”, cit., pp., 122-140

⁶²⁹ Vid. www.bimco.org, Shipman 2009 Explanatory notes. Cláusula 12 Management Fee an Expenses, y Cláusula 13 Budgets and Management of Funds

⁶³⁰ WILLINGALE M., *Ship management...*, cit., p.25

⁶³¹ MONTEAGUDO M , *La remuneración del agente*, cit., p.63.

aplicación analógica⁶³², ya que ésta no puede obedecer a criterios miméticos o de automatismo, máxime cuando el contrato de gestión naval, carece de normativa específica, y se rige, por la voluntad de las partes ex artículo 1255 del CCv, es decir por normas dispositivas, mientras el contrato de agencia está regido por normas de derecho imperativo, que impiden extender con carácter general sus normas a otros supuestos no regulados expresamente⁶³³.

IV.2.4. Gestión aseguradora del buque: ¿actividad de mediación de seguros privados?

IV.2.4.1. La Mediación de seguros privados: Elementos material y subjetivo

Veamos primero donde se haya regulada la actividad de mediación de seguros, en que consiste la actividad y por quienes va a ser desempeñada.

Como es notorio la actividad aseguradora se desarrolla bajo un fuerte control público, este intervencionismo viene justificado, tanto por la protección al asegurado, como por la relevancia económica del sector dentro del sistema financiero, con capacidad para influir en la economía en su conjunto. Por ello el legislador ha estimado necesario reforzar e incrementar las competencias interventoras de la Administración, extendiéndolas también a

⁶³²Vid. Sentencia del Pleno de la Sala 1ª de 15 de enero de 2008, que establece que en los casos de extinción de un contrato de concesión o distribución, la compensación por clientela y aplicación analógica de la LCA, el demandante que pretenda aquella habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, del mismo modo que corresponderá a los tribunales ponderar todas las circunstancias del caso. También STS de 26 de marzo de 2008 y 21 de enero de 2009.

⁶³³ SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil...*, T. II, p. 245 En relación con el contrato de concesión, sostiene “...Dada la distinta naturaleza, del contrato de concesión y el contrato de agencia... no son aplicables al contrato de concesión las normas de la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia relativas a la indemnización por clientela y daños y perjuicios,...”.

la distribución de los productos de seguros y a los intermediarios que la llevan a cabo⁶³⁴.

Los intermediarios de seguros son actores clave⁶³⁵ en el proceso de venta del seguro, así como, posteriormente en la tramitación de siniestros y reclamaciones. En efecto, la complejidad del producto que distribuyen y su carácter técnico, aporta valor a su mediación entre aseguradoras y asegurados, porque en la mayoría de los casos han de asesorar a los clientes de seguros a identificar los riesgos que sufren o puedan sufrir, aconsejándoles en la toma de decisiones acerca de los riesgos que desean o deben asegurar.

En la actualidad la mediación de seguros se encuentra regulada en nuestro país por la Ley 26/2006 de 17 de julio de *mediación de los seguros y reaseguros privados* (en adelante LMSRP). Esta Ley incorporó a nuestro Derecho la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre de 2002 sobre mediación de seguros (*IMD I*). La Directiva tiene carácter imperativo, de mínimos y su finalidad principal es la de coordinar las normas nacionales de los Estados miembros para conseguir un marco legal comunitario que permita a los mediadores de seguros ejercer libremente su actividad en toda la Unión Europea⁶³⁶. En cuanto al ámbito de aplicación territorial, se incluyen tanto las operaciones realizadas en el mercado nacional como las transfronterizas, siempre y cuando se produzcan dentro del territorio de la Unión Europea. Por lo que se refiere a las personas físicas y jurídicas que puedan desarrollar actividades de mediación, opta por dar un concepto

⁶³⁴ Vid. AA.VV. *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, directores CUÑAT y BATALLER, ed. Thomson, Civitas Navarra.2007; AA.VV. *Estudios sobre la Mediación de Seguros Privados*, Dirigido por QUINTÁNS EIRAS, M^a R., ed., Aranzadi. Pamplona 2013

⁶³⁵ QUINTÁNS EIRAS, R., "La mediación de Seguros: Hacia una nueva regulación de la distribución de seguros", en CAMPUZANO, A.B./CONLLEDO LANTERO, F./PALOMO ZURDO, R.J., (Dirs), *Los Mercados Financieros*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 553 y ss.

⁶³⁶ Vid. ILLESCAS R y MADRID, A., "Producción de seguros privados: La figura del mediador y el régimen de competencia mercantil" RES, nº 53 pp.38 y ss.

funcional⁶³⁷ de intermediario de seguro, basado en la actividad de mediación que realizan, en el que pueden integrarse las diferentes figuras existentes en los Estados de la Unión, por consiguiente, se incluye dentro de su ámbito, a los agentes de seguros, a los operadores banca-seguros y a los corredores de seguros regulados en la ley española de mediación⁶³⁸.

Pues bien, el objeto de la Ley de Mediación española de acuerdo con su artículo 1, es regular la mediación en seguros privados abarcando tanto la actividad como los sujetos que la realizan⁶³⁹.

La actividad de mediación de seguros consiste en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro.⁶⁴⁰ Y la misma puede ser realizada por distintos tipos de intermediarios del sector asegurador, que han de estar inscritos en un Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros, y de sus altos cargos. La Ley clasifica a los mediadores de seguros en dos grupos, los “agentes de seguros”, vinculados en distintos grados con las entidades aseguradoras, y los

⁶³⁷ BATALLER GRAU, J. “La incesante reforma del Derecho del Seguro : ¿Último acto?,” en CUÑAT EDO, V., y BATALLER GRAU, J., (Dirs), *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, Ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2007 p. 75

⁶³⁸ Debido a que la norma Comunitaria, ni la mayoría de las normas nacionales han solucionado algunos de los problemas que más acuciaban al sector, unido a la crisis generalizada del sistema financiero, ha motivado la redacción de una Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre mediación en los seguros* (IMD II) publicada en el 3.7.2012 (COM (2012) 360 final) que probablemente sustituirá a la actualmente vigente. De todos modos la propuesta no realiza cambios relevantes respecto de los temas que seguidamente analizamos y que puedan afectar a nuestro estudio.

⁶³⁹ Vid. el art. 1 de la Ley 26/2006 LMSRP establece como objeto : “regular las condiciones en las que deben ordenarse y desarrollarse las actividades mercantiles de mediación en seguros y reaseguros privados, establece las normas sobre el acceso y ejercicio por parte de las personas físicas y jurídicas que las realicen y el régimen de supervisión y disciplina administrativa que les resulte de aplicación”

⁶⁴⁰ BATALLER GRAU, J. “La ley de ¿Mediación De seguros y reaseguros privados su ámbito de aplicación” en CUÑAT EDO, V., y BATALLER GRAU, J., (Dir.) *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, Ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2007 pp. 111-120.

“corredores de seguros”, que realizan la actividad mediación sin tener ningún tipo de afección con aquellas.⁶⁴¹

Dentro del primer grupo se encuentran:

a.- *Agentes de seguros*; son aquellas personas físicas o jurídicas que realizan la actividad mercantil de mediación de seguros privados, en régimen de exclusiva para una entidad aseguradora, o vinculado a varias entidades aseguradoras, mediante un contrato de agencia (art 9 LMSRP)⁶⁴².

b.- *Operadores de banca seguros*; tendrán esta consideración, las entidades de crédito o las sociedades mercantiles controladas o participadas por éstas conforme a lo indicado en el art. 28 de esta Ley que, mediante un contrato de agencia de seguros con una o varias entidades aseguradoras, realicen la actividad de mediación como agente de seguros, con la particularidad de utilizar las redes de distribución de la entidades de crédito (art 25 LMSRP)⁶⁴³.

En el segundo están los:

c.- *Corredores de seguros*, que son aquellas personas físicas o jurídicas que realizan la actividad mercantil de mediación de seguros privados, sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras y que ofrecen asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestos sus

⁶⁴¹ Vid. QUINTÁNS EIRAS, M^a R, “Principales novedades de la Ley 26/2006 de Mediación de seguros y reaseguros privados”, *RES*, n° 127, 2006, pp. 543-560; TAPIA HERMIDA, A., “Mediación de seguros y reaseguros privados, desarrollo de la Ley 26/2006 por el Real Decreto 764/2010, *Revista de derecho bancario y bursátil*, n° 29, n° 119, 2010, pp. 339.341

⁶⁴² INSERN SALVAT M^a R. “La intervención de los mediadores en los seguros privados” en AA.VV.: *Estudios sobre la Mediación de Seguros Privados*, dirigido por QUINTÁNS EIRAS M^a R. ed., Thomson-Aranzadi. Pamplona 2013, pp. 208 y ss.

⁶⁴³ INSERN SALVAT M^a R. “La intervención de los mediadores en los seguros privados”, cit., p. 213.

personas, sus patrimonios, sus intereses o responsabilidades⁶⁴⁴. (art. 26 de LMSRP)

Pues bien, examinemos las distintas modalidades en las que el *gestor* puede desempeñar la gestión aseguradora

IV.2.4.2. Función aseguradora desempeñada por el *gestor* como co-asegurado conjuntamente con el naviero

Cuando el *gestor* contrata seguros en nombre y por cuenta del naviero en los que a su vez él ha de ser designado como co-asegurado junto con el naviero, ¿es una actividad de mediación de seguros? ¿En qué figura de las reguladas por la LMSRP puede encajar? ¿Se convierte en este supuesto el *gestor* en mediador de seguros?

En primer lugar, parece poco probable que el *gestor* pueda considerarse un “*agente de seguros*”, que al propio tiempo que concierta un contrato de gestión naval con un naviero para prestarle servicios de gerencia, simultáneamente preste servicios estables de promoción contractual, a favor de compañías de seguros, vinculándose con ellas por medio de contratos de agencia de seguros.

Esta vinculación con las compañías de seguros, casa mal con el principio de independencia y lealtad que el naviero espera cuando encarga la función aseguradora de su buque a un gestor profesional. Como hemos venido

⁶⁴⁴QUINTÁNS EIRAS, M.R., “Principales novedades de la Ley 26/2006 de Mediación de seguros y reaseguros privados...”, cit. p. 548. En el primer aspecto precisamente el texto legal trata de dar respuesta a una cuestión complicada disponiendo que el corredor realizará la actividad de mediación de seguros privados sin mantener vínculos contractuales que suponga afección con entidades aseguradoras. Sin embargo, la Ley sigue permitiendo que exista relación, aunque no determina de qué tipo, entre el corredor y la aseguradora, conforme a los pactos que acuerden libremente, con el límite de que no afecten a su independencia (art.29).

repitiendo el *gestor* ha de responder a una *gestión leal del buque* (*sound ship management practice*)⁶⁴⁵, cualidad que implica la existencia de un deber de lealtad o fidelidad, que obligara al *gestor* a aprestar un asesoramiento independiente, profesional e imparcial de acuerdo a las necesidades del naviero⁶⁴⁶, que en el supuesto de la función aseguradora del buque, consiste en informarle con veracidad y honorabilidad de la cobertura que mejor se adapte a sus necesidades de acuerdo con su experiencia y criterio profesional como conocedor experto toda la oferta existente en el mercado de seguros marítimos⁶⁴⁷.

Por este motivo consideramos que, si el *gestor* está vinculado contractualmente con una entidad asegurada (*o varias*), le va a resultar muy

⁶⁴⁵ Vid www.bimco.org, Shipman 2009, 8. Managers' Obligations : *The Managers undertake to use their best endeavoursin accordance with sound ship management practice...*”.

⁶⁴⁶ WILLINGALE M., *Ship Management...*, cit. pp 128 y ss.

⁶⁴⁷ Vid. Obras generales sobre el seguro marítimo : ARROYO MARTINEZ, I, “La reforma del seguro marítimo español” *La Reforma de la Legislación Marítima*, ed. Aranzadi, Madrid 1990; HERNÁNDEZ MARTÍ, J, *Contrato de seguro Marítimo: La póliza de buques*, Valencia, Unión Levantina, 1982; MATILLA ALEGRE, R, *Introducción al estudio del seguro marítimo*, Instituto Consulado de Bilbao, Bilbao, 1983; MONFORT BALAGUER J.B., “*Aspectos de cobertura de seguro marítimo*”, Barcelona, Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, 1959; RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L, *Estudios de Seguro Marítimo*, ed. Bosch, Barcelona, 1992.; ÍDEM, *Los seguros marítimos y aéreos*, Vol. 5, en *Tratado de Derecho Mercantil*, Dirs. OLIVENCIA/FERNÁNDEZ NOVOA/JIMÉNEZ DE PARGA, Marcial Pons, Madrid, 2003; RUIZ SOROA, J.Mª, ARRANZ DE DIEGO A, y ZABALETA SARASUA, S, *Manual de Derecho del Seguro Marítimo...*, cit. pp. 13 y ss.; GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L, *El Reaseguro Marítimo entre el Derecho –español y el “Common Law”*, ed. Aranzadi Navarra 2011.

El seguro marítimo es el más antiguo de los contratos de seguro, nació en a mar, como consecuencia de los graves riesgos de pérdida o daño que amenazan a la navegación marítima, extendiéndose posteriormente a las demás actividades y bienes terrestres. Su importancia en el campo marítimo se deriva de la propia actividad naviera, que en la actualidad no podría desarrollarse sin contar con su respaldo. Como notas típicas destacan : *el riesgo de la navegación* que es el elemento esencial que califica al seguro marítimo, comprende únicamente los riesgos que pueden acaecer en el mar, tales como , colisión, incendio, explosión, naufragio, contaminación, etc., pero todos están unificados por la circunstancia temporal y espacial de acaecer durante la navegación o en dependencia directa con ella. Otra nota característica del seguro marítimo, ha sido considerarlo, desde siempre, un *contrato entre empresarios*, a diferencia del terrestre en el que se parte de un contrato entre un empresario y un mero consumidor, razón por la que tanto en el Derecho español como en el comparado, no se incluye en esta clase de seguro ninguna norma de valor imperativo dirigida a la protección del asegurado, defendiéndose en este ámbito la vigencia del principio de autonomía privada. También debemos hacer mención, a la “*influencia de la regulación inglesa*” en el seguro marítimo, como consecuencia de la importancia del mercado asegurador londinense a nivel mundial, a través de condiciones generales inglesas preparadas por el Instituto de Aseguradores de Londres (ILU) conforme a la *Marine Insurance Act* de 1906 (MIA), lo que le permite imponer sus exigencias y prácticas al resto de mercados nacionales.

difícil realizar simultáneamente su función aseguradora con la independencia propia de un *gestor* vinculado al naviero por un contrato de gestión naval. Su vinculación con una entidad aseguradora mediante un contrato de agencia, significa que su oferta ha de limitarse a los productos que distribuye de la aseguradora que representa, lo que le impediría recabar otras ofertas en el mercado asegurador. Aunque no olvidamos que al igual que sucede en los llamados *negocios de aplicación*⁶⁴⁸, el “gestor/agente de seguros” podría recibir dos encargos diferentes, por un lado buscar el mejor seguro para el buque, y por otro, que la cobertura ofertada por la entidad aseguradora de la cual es agente, fuera la más adecuada y competitiva del mercado y de este modo poder aplicar ambas ordenes, es decir podría casar ambas ofertas con conocimiento de sus comitentes⁶⁴⁹. Pero creemos que en la mayoría de los casos, va a ser difícil que un agente de seguros vinculado a una compañía de seguros pueda tener un conocimiento profundo de todos los productos que existen en el mercado asegurador, máxime cuando en el sector de los seguros marítimos rige la primacía de la voluntad de las partes en la regulación de sus propias relaciones y el carácter dispositivo de las normas, que unido a la falta de contratos estándar permite elaborar la más variadas ofertas en función del cliente y de la competitividad de la Compañía Aseguradora⁶⁵⁰. Por tanto esa

648 OTERO LASTRES M., “La autoentrada de los agentes de cambio y bolsa” cit. pp. 109 y ss.

649 ALONSO SOTO, R / URÍA, R / MENÉNDEZ, : Curso de Derecho Mercantil, T. II, Civitas, Madrid, 2001, p. 160.

650 Vid. ARROYO I, “Algunas reflexiones sobre el seguro marítimo español”, cit., pp., 235 y ss.; GABALDÓN GARCÍA, J.L. / RUIZ SOROA, J.M^a, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, cit., p 859; GARCÍA PITA Y LASTRES J.L., “El seguro de recreo y la protección del consumidor” *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 23 septiembre, 1997, pp.229-303; HERNÁNDEZ MARTÍ, “Contrato de seguro Marítimo La póliza de buques”, cit., pp. 337 ; MARTÍN OSENTE J.M., “Experiencias en la aplicación de la Ley de contrato de seguro al seguro marítimo y posibles modificaciones” *RES*, 123-124, 2006, p 468-470; RODRIGUEZ CARRIÓN J.L, *Estudios de Derecho Marítimo*., cit., pp. 37 y ss., ÍDEM., “Fuentes e interpretación del contrato de seguro marítimo”, *ADM*, Vol. IV, 1986, pp. 279-314; SÁNCHEZ CALERO, F.,” Sobre la regulación del contrato de seguro marítimo”, *RES*, , nº 73, 1993, pp. 80 ss.

El contrato de seguro marítimo se encuentra regulado en el Código de Comercio de 1985, en sus artículos 737 a 805, y como fiel reflejo de los principios liberales que inspiraron la codificación del siglo XIX, establece que las partes son libres para establecer los pactos y condiciones que deseen en el contrato de seguro, y que la primera fuente reguladora del contrato se encuentra en las condiciones acordadas en la póliza de seguro y sólo en su defecto se aplican los preceptos legales. De modo que el contrato se regirá en primer lugar por “*las condiciones que libremente consignen los interesados en la póliza*”, de modo prevalente y previo a los preceptos legales del Código de Comercio, y a los de Ley

afección con las entidades aseguradoras le llevaría a un más que probable conflicto de intereses derivados del ejercicio concurrente del contrato de agencia y de gestión naval que podría afectar a su objetividad para defender lealmente los intereses del naviero.

Así las cosas, estimamos que el *gestor* se encontraría con dificultades para desempeñar con lealtad la función aseguradora encomendada, que le obliga a realizar un asesoramiento objetivo e independiente, que permita asegurar que está proporcionando al naviero un seguro idóneo y completo de acuerdo a los riesgos a que se encuentra expuesto el buque⁶⁵¹.

Más difícil, nos parece considerarlo como un “operador de banca-seguros”, por un lado está su vinculación con una o varias entidades aseguradoras, que afectan a su independencia en los mismos términos ya explicados para los “agentes de seguros”; y por otro el *gestor* o la empresa de gestión naval, no son entidades de crédito, y salvo que se hallasen controladas por ellas, no sería posible encajarlos en esta figura.

Por lo demás, el legislador ha considerado necesario regular la figura del “operador de banca-seguros” para que desarrolle su actividad de distribución de seguros exclusivamente a través las redes de las Entidades bancarias⁶⁵². De esta forma se ha establecido un régimen especial para las entidades bancarias⁶⁵³ derivado de la asunción de funciones en materia de distribución de seguros a través de sus extensas redes de comercialización que

del Contrato de seguro de 1980 (LCS) que sólo se aplicará de manera subsidiaria o complementaria. Así lo han reconocido la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo 21/07/1989; 22/02/1991; 04/03/1993; 20/02/1995 y 21/11/1996. Sin embargo algunas decisiones aisladas ha defendido la aplicación al seguro marítimo de las disposiciones contenidas en el Título I la LCS por su generalidad y carácter necesario protectores del asegurado como consumidor (STS, 19/02/1988; 03/12/1997).

⁶⁵¹ WILLINGALE MALCOM, *Ship Management...*, cit., p 132.

⁶⁵² Vid. MUÑOZ PAREDES “Principales novedades para los operadores Banca Seguros en las propuesta de reforma de la legislación aseguradora” *Revista Española de Seguros*. Monográfico Banca-seguros” n° 148, 2011 pp. 777 y ss.

⁶⁵³ DÍAZ LLAVONA C, “Los operadores de banca seguros en España”, *RES*, n° 148, 2011, p. 739.

constituyen ventajas únicas, atractivas no sólo para las propias entidades de crédito, sino también para las compañías aseguradoras que se garantizan así una mayor difusión de sus productos⁶⁵⁴.

Sin embargo, el *gestor o empresas de gestión de buques*, no pretenden ser un canal de distribución de seguros, no existe en el negocio marítimo una situación similar a la banca, que pueda decirse, que se trata de un canal consolidado en el mercado global de la distribución de seguros marítimos; es más, la función aseguradora es una, entre las variadas funciones que pueden prestar las entidades de gestión de buques, de hecho hay muchas empresas en el mercado de gerencia de buques que no ofertan este servicio, de ahí que el legislador no haya sentido la necesidad de establecer una regulación especial de similares características para la gestión aseguradora.

Tampoco creemos que en el supuesto objeto de análisis el *gestor* pueda ser considerado como un *corredor de seguros*, pues aunque este mediador a diferencia de los anteriores, se caracteriza por su independencia respecto de las compañías aseguradoras, con las que no puede tener vínculos contractuales que supongan afección, a fin de que no puedan afectar a su objetividad, sin embargo la actividad desarrollada por el *gestor* desde el punto de vista material no pueda ser equiparable a la de un *corredor de seguros*. Porque en este caso el *gestor* no se limita asesorar, ni tampoco a aproximar a los dos partes del contrato de seguro, sino que él forma parte del contrato de seguro como “co-asegurado” junto con el naviero, es decir, que interviene en el negocio contractual, como sujeto que declara la voluntad contractual y recibe la voluntad contractual del asegurador⁶⁵⁵. Por consiguiente su intervención va

⁶⁵⁴ Vid. REGO LÓPEZ A, “Las modificaciones en el régimen de los mediadores de seguros introducidas por la ley de economía sostenible”, *R.E.S.* 2011, 148 pp. 785-798.

⁶⁵⁵ Vid. DÍAZ DE LA ROSA, A, *Los contratos de gestión de tripulaciones de buques. Crew Management Agreements*, cit., pp. 123-124. La autora estima que los “Ship-crew manager” a los que se refiere la póliza CREWMAN de BIMCO, aunque asuman obligaciones de contratación de seguros,

mucho más allá de una actividad de mediación, porque al ser parte del contrato de seguro se aleja diametralmente de lo que es la actividad de mediación propia de un corredor de seguros.

En resumen por las razones expuestas creemos que cuando el *gestor* forma parte del contrato de seguro conjuntamente con el naviero como co-asegurado su actuación no puede calificarse como una actividad de mediación en sentido propio que pueda encajar desde el punto material y subjetivo en el ámbito de la LMSRP

IV.2.4.3. Función aseguradora encomendada al gestor de forma independiente

Examinemos ahora, la otra opción señalada anteriormente, cuando la función aseguradora se realiza por el *gestor o la empresa de gestión naval*, de forma independiente sin ser co-asegurados en los seguros del naviero, y se presta a través de un *corredor de seguros o correduría de seguros (broker)* que pertenece o es filial del grupo o mediante acuerdos de colaboración.

Veamos si encaja dentro de la actividad de mediación de seguros y puede ser desempeñada en la forma propuesta de conformidad con la LMSRP.

IV.2.4.3.1. Conocimientos y experiencia profesional en seguros

Como ya hemos tenido ocasión de señalar la profesionalidad constituye una característica propia del *gestor* que se manifiesta desde la misma formación del negocio contractual, porque la confianza que deposita el naviero en el *gestor* se centra principalmente en su capacidad profesional, que

e incluso aunque las asumieran por cuenta ajena, no por eso se convertiría en “mediadores de seguros” porque directamente aseguran ellos a los tripulantes.

en este área consiste en proporcionar servicios de gestión especializados en seguros marítimos; de este modo, la competencia y capacidad profesional del *gestor* también tiene especial relevancia en la actividad aseguradora del buque⁶⁵⁶.

Recuérdense nuestras observaciones en páginas anteriores sobre la condición de profesional del *gestor* que tiene como consecuencia jurídica inmediata, la exigencia de un modelo de conducta empresarial o profesional adecuada, que en el contrato de gestión naval, se plasma en la exigencia de comprometerse a actuar: desplegando sus mejores oficios - *use their best endeavours* – y de forma leal en la gestión - *sound ship management*”⁶⁵⁷. Sobre el alcance de estas expresiones en el derecho español nos remitimos a lo ya avanzado en otros capítulos de este estudio⁶⁵⁸.

Por consiguiente, tales cánones de conducta, aplicados al caso concreto del *gestor* de seguros marítimos del naviero, significa que su comportamiento debe estar presidido por criterios de competencia profesionalidad,⁶⁵⁹ que le permitirá diseñar las soluciones asegurativas más convenientes, seleccionando aquellas coberturas más favorables de acuerdo a las necesidades del naviero, así como ofrecerle unos servicios de asesoramiento personalizado y asistencia permanente que se corresponden con una gestión de seguros profesional y competente⁶⁶⁰.

En nuestra opinión, esta forma de actuar del gestor de naviero, es compatible con la exigida a los mediadores de seguros y especial a los

⁶⁵⁶PANAYIDES PHOTIS M., “Competitive strategies and organizational performance in ship Management”, cit., pp. 124 y ss.

⁶⁵⁷Vid. www.bimco.org “Shipman 2009”, 8. Managers’ Obligations: “The Managers undertake to use their best endeavours to provide the Management Services as agents.... with sound ship management practice...”

⁶⁵⁸ Ver nuestras observaciones en el apartado III.1

⁶⁵⁹ PANAYIDES PHOTIS M/CULLINANE KEVIN P.B., “The vertical disintegration of ship management: choice criteria for third party selection and evaluation...,” cit. pp 52 y ss.

⁶⁶⁰ GONZÁLEZ LEBRERO R, *Curso de Derecho de la Navegación...*, cit., p. 261 y ss.

corredores y las sociedades de correduría de seguros en los artículos 10 y 27 por la LMSRP, cuando se les exigen conocimientos específicos en seguros y honorabilidad comercial y profesional.

La honorabilidad comercial y profesional requiere conforme el art 10.1 LMSRP, que los corredores hayan observado un trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras que regulen la actividad económica y la vida de los negocios, así como las buenas prácticas comerciales, financieras y de seguros⁶⁶¹. Dicho de otro modo, concurre honorabilidad comercial y profesional, en aquellos corredores que hayan venido mostrando una conducta personal, comercial y profesional que no arroje dudas sobre su capacidad para desempeñar una actividad sana y prudente de mediación de seguros⁶⁶².

Por lo que se refiere a la formación la LMSRP exige a los corredores, bien sean personas físicas o sociedades de correduría, -a la mitad de los miembros del órgano de dirección responsable de la mediación, y a quienes

⁶⁶¹ Vid STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 5 de junio de 2007 sobre la valoración del requisito de honorabilidad comercial y profesional en el acceso a las actividades financieras. La Sala considera el requisito en su aspecto negativo, al establecer que el juicio sobre la honorabilidad comercial y profesional puede basarse en el examen de aquellas conductas, comportamientos u omisiones prohibidos por ser contrarias a las normas que rigen la actividad profesional, que podrían llegar a constituir una infracción grave susceptible de sanción, en cuyo caso ha de interpretarse que talas conductas al ser contrarias a las buenas prácticas de la actividad mercantil, son indicativas de falta de honorabilidad comercial y profesional.

⁶⁶² MUÑOZ PAREDES, J.M., *Los corredores de seguros*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2ª, 2012 p 128, Para acreditar la concurrencia de honorabilidad la DGSFP, ha elaborado un modelo *honorabilidad comercial y profesional* mediante el cual el solicitante, persona física o todos y cada uno de los administradores y miembros del órgano de dirección, en el caso de personas jurídicas, han de declarar bajo su responsabilidad, entre otros extremos, que carecen de antecedentes penales por delitos de falsedad, violación de secretos, descubrimiento y revelación de secretos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social, malversación de caudales públicos y cualesquiera otros delitos contra la propiedad; que no han sido inhabilitados para ejercer cargos públicos o de administración o dirección de entidades financieras, aseguradoras o de mediación de seguros o reaseguros; que no han sido suspendidos por sanción firme para el ejercicio de la actividad de mediación, ni inhabilitados conforme a la ley concursal y, en general no están incursos en incapacidad o prohibición conforme a la legislación vigente.

ostenten la dirección técnica- , haber superado un curso de formación o una prueba de aptitud en materias financieras y de seguros privados⁶⁶³.

En cuanto a la experiencia profesional exige que, por lo menos a la mitad de los administradores sociales de las sociedades de correduría, cualquiera que sea la forma en que organicen el órgano de administración e independientemente que asuman o no la dirección de la mediación de seguros o la dirección técnica⁶⁶⁴. Se considera que poseen la experiencia adecuada aquellos administradores que: “hayan desempeñado, durante un plazo no inferior a dos años, funciones de administración, dirección, control y asesoramiento en entidades públicas o privadas de dimensión análoga al proyecto empresarial para ejercer la actividad de correduría de seguros o funciones de similar responsabilidad como empresario individual.

Como puede observarse en la valoración de la experiencia práctica y profesional de los administradores, se presta especial atención a la naturaleza y complejidad de los puestos desempeñados, las competencias, poderes de decisión y responsabilidades asumidos, en relación con los riesgos que van a gestionar al constituir una sociedad de correduría⁶⁶⁵. En todo caso, a nuestro juicio, lo que pretende el legislador, es asegurar que la sociedad de correduría, deberá contar con administradores que considerados en su conjunto, reúnan suficiente experiencia profesional en la mediación de seguros que les permita tomar decisiones de forma independiente, autónoma y adecuada en el ejercicio de su actividad, bien por que la han adquirido en el desarrollo profesional de funciones similares en otras entidades o empresas del sector durante periodos

⁶⁶³El contenido y requisitos de los cursos ha sido desarrollado por la Resolución de la DGSFP de 28 de julio de 2006. No obstante las personas que posean el antiguo Diploma de Mediador de Seguros no precisan realizar estos cursos o pruebas (D.A. 5ª LMSRP).

⁶⁶⁴ MUÑOZ PAREDES, J.M., *Los corredores de seguros...*, cit., p. 126.

de tiempo suficiente, o ejerciendo como empresario individual la actividad de corredor de seguros.

En definitiva, un corredor de seguros, encargado de la gestión aseguradora de los buques del naviero, ha de tener una especial formación, conocimiento y experiencia profesional en el sector de seguros marítimos y además han de prestar sus servicios respetando la legislación nacional e internacional en dicho campo, así como actuar de acuerdo con las buenas prácticas en el mercado de seguros.

IV.2.4.3.2. Deberes comunes al gestor del naviero y corredores de seguros frente a su cliente (naviero-tomador)

a) Defensa de los intereses del cliente

Cuando el naviero encarga al *gestor* la función aseguradora de su buque o flota de forma independiente y autónoma, la actuación del *gestor* se realiza en representación de intereses ajenos⁶⁶⁶, pues es evidente que la gestión recae sobre bienes o derechos que no forman parte del patrimonio del *gestor*, sino del naviero a quién beneficia el resultado que persigue. Este actuar en representación de intereses ajenos⁶⁶⁷ ha de conectarse con los principios de buena fe y lealtad que deben presidir la labor del gestor al desarrollar la función aseguradora del buque, por lo que han de valorarse teniendo en cuenta que es un experto en el negocio de seguros marítimos⁶⁶⁸, y como tal debe de actuar con patrones técnicos de asegurabilidad del buque, conociendo toda la oferta existente en el mercado de seguros marítimos, recabando toda la información que pueda dar respuesta a las necesidades del naviero, de manera

⁶⁶⁶ Ver nuestra referencia bibliográfica sobre los contratos de gestión de intereses ajenos en el apartado III.1, de este estudio.

⁶⁶⁷ RUIZ SOROA J. M^a, *Manual de Derecho Marítimo: El buque, el naviero, personal auxiliar*, cit., p. 91.

⁶⁶⁸ WILLINGALE MALCOM, *Ship Management*, cit., pp. 131 y ss.

que con su actuación se obtenga la solución más ventajosa y eficaz en el aseguramiento del buque⁶⁶⁹.

Por lo que respecta al corredor de seguros, también es para él una obligación fundamental velar por los intereses del cliente⁶⁷⁰, -que en el caso que nos ocupa es el naviero, futuro tomador -, pues aunque la LMSRP⁶⁷¹ no lo dice de modo expreso, se pueden deducir sin ningún género de dudas de las obligaciones que se derivan de prestar un asesoramiento independiente, profesional e imparcial de acuerdo a las necesidades del cliente, así como informarle con veracidad y honorabilidad de la cobertura que mejor se adapte a las necesidades de aquél, de acuerdo con su experiencia y criterio profesional⁶⁷².

Por otro lado, hay que subrayar, que este deber de defensa de los intereses de quien demanda los servicios del cobertura de riesgos para su buque o flota, está ligado intrínsecamente con la obligación de independencia⁶⁷³ que se exige explícitamente en la LMSRP al corredor de seguros, impidiéndole establecer vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras⁶⁷⁴, a fin de que no puedan afectar a su objetividad, por ello el corredor de seguros ha de hacer todo lo posible para

⁶⁶⁹BRANCH ALAN E, *Elements of shipping*, cit., p.295.

⁶⁷⁰MUÑOZ PAREDES, J.M., *Los corredores de seguros*, cit., p 21.9

⁶⁷¹Ver art. 26 de la LMSRP 26/2006 de 17 de julio.

⁶⁷²MARTI SÁNCHEZ J.N., "Los corredores de seguros en el derecho positivo español", *RES*, nº 84, 1995, p. 41-58.

⁶⁷³STS 05-07 2007, 03-01-2010, SAP Coruña 17/02/2011, SAP Las Palmas 26-05-2011. La doctrina jurisprudencial ha venido estableciendo que una característica esencial del corredor de seguros es la "independencia" frente a la compañía aseguradora.

⁶⁷⁴QUINTÁNS EIRAS, M.R., "La mediación de Seguros: Hacia una nueva regulación de la distribución de seguros", *Los Mercados Financieros*, cit., p .565. "En nuestra opinión, se ha de entender que el vínculo contractual – independientemente de la naturaleza jurídica que se le atribuya- se produce entre corredor y asegurado...dos cuestiones clave para llegar a esta conclusión: la prohibición de mantener vínculos contractuales que suponga afección con entidades aseguradoras, y la necesidad de que el asesoramiento que ofrece el corredor sea independiente, profesional e imparcial".

satisfacer las necesidades de seguro de sus clientes y antepondrá el interés de éstos frente a cualquier otra consideración⁶⁷⁵.

En definitiva, ambas figuras, como gestores de intereses ajenos, -del naviero que demanda la cobertura de los riesgos a que se encuentra expuesto el buque como bien productivo-, han de realizar su actividad bajo criterios profesionales, representando y defendiendo los intereses de sus asegurados, o dígase de otra manera, de sus clientes frente a las compañías de seguros.

b) Información, asesoramiento y asistencia

Los seguros marítimos se encuadran en nuestro ordenamiento dentro de la categoría de “seguros de grandes riesgos”, lo que significa que las partes pueden elegir no solo la ley aplicable, sino también, que la aplicación de la Ley tiene carácter dispositivo, de lo que se deriva una normativa en general más dúctil y menos protectora del asegurado⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ BATALLER GRAU, J./SEGUÍ-MAS, E., “La distribución como factor determinante en la protección del asegurado” en AA.VV.: *Estudios sobre mediación de seguros privados*, Dirigido por QUINTÁNS EIRAS M^a R., ed. Thomson Aranzadi, Pamplona 2013.

⁶⁷⁶ Ley de 19 de diciembre de 1990 (de adaptación a la Directiva 88/357 de la UE) que introdujo en nuestro derecho positivo la categoría de “seguros de grandes riesgos”, definidos en el párrafo 2 del art. 107 de la LCS, que estableció que los contratos de seguro sobre buques, sobre mercancías transportadas en ellos, o sobre responsabilidad civil de los buques serían considerados “grandes riesgos”. Esta previsión legal permite, en términos generales, que las partes de un seguro marítimo puedan elegir libremente la ley que va a regular su contrato. Además para esta clase de seguros se ha modificado el régimen anterior de la LCS (por la Disp. Adic. 6^a 4 de la LOSSP 30/1995 de 8 de noviembre) introduciéndose en su art. 44 un nuevo párrafo: “No será de aplicación a los contratos de seguro de grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el art.2 de la misma”. Es decir, que el mandato de imperatividad de las normas de LCS no es de aplicación a los intereses marítimos incluidos en la definición de grandes riesgos. Por lo que respecta a nuestro estudio, nos interesa subrayar que el PLNM mantiene dos peculiaridades de la legislación vigente. Por un lado, la presunción del *carácter profesional* de las partes intervinientes en el contrato, no sólo el asegurador, sino también el tomador y el asegurado, y el reconocimiento de un poder de negociación semejante. Y por otro, el *carácter dispositivo* de sus disposiciones, salvo excepciones, lo que implica una normativa en general más flexible y menos tuitiva del asegurado que la contenida en la LCS. *Vid.*: ARROYO MARTINEZ I, “Los seguros marítimo y aéreo, el préstamo a la gruesa, averías, accidentes marítimos y contaminación” en MENÉNDEZ A/ROJO A (Drs), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, cit. pp.673 y ss.; GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L, “El régimen del seguro marítimo en la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de navegación Marítima”, *RES*, n° 125, 2006, pp. 105 y ss.; PENDÓN MELÉNDEZ M.A., “ Los Seguros Marítimos y Aéreos” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (Coord.), *Derecho Mercantil* II, 14^a ed. Marcial Pons, Barcelona 2010 pp. 1198 y ss.; SALINAS ADELANTADO, C, “Contrato de seguro marítimo: Disposiciones

Precisamente, por este carácter dispositivo de la legislación aplicable, el principio de libertad contractual propio de los contratos de seguros marítimos adquiere gran relevancia, porque permite diseñar muchas variantes y la oferta contractual puede presentar extraordinarias complejidades técnicas. Ello pone de manifiesto la importancia de la labor de mediación que debe llevar a cabo el *gestor* de seguros marítimos del naviero.

El naviero cuando, mediante un modelo internacional estandarizado de gestión naval, opta por contratar la función aseguradora de su buque o flota, a un gestor especializado en seguros marítimos, confía en que el *gestor* pondrá sus mejores esfuerzos en informarle y asesorarle sobre la mejor y más competitiva cobertura aseguradora que se adapte a sus exigencias. La importancia de este deber de información y asesoramiento se refleja en los formularios internacionales⁶⁷⁷, mediante cláusulas en las que se recomienda especialmente al *gestor* analizar y estudiar con cuidado el contenido y alcance del clausulado de las pólizas de seguros, a fin de asegurarse que están proporcionando al naviero una cobertura completa e idónea de acuerdo a los riesgos a que se encuentra expuesto el buque.

El asesoramiento, además de velar celosamente por la concurrencia de los requisitos que ha de reunir la póliza para su eficacia y plenitud de efectos durante la vigencia de la relación aseguradora, también se extiende a la gestión de toda la documentación y demás trámites precisos sobre el seguro, y en caso

generales, disposiciones comunes y seguro de responsabilidad, (Título VII del contrato de Seguro Marítimo. Capítulos I,II y II Sección 3ª,)” en *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de Navegación Marítima*, EMPARANZA SOBEJANO A., y MARTÍN OSANTE J.M. (Coord.), ed., Gobierno Vasco, Vitoria, 2006, pp. 637-663; SÁNCHEZ CALERO F, TAPIA HERMIDA ,A J., “ El contrato de seguro marítimo en el Proyecto de Ley General de Navegación Marítima”, en GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L(Dir.) , *Estudios de Derecho Marítimo*, ed., Aranzadi, Pamplona 2012, pp. 963 y ss.

⁶⁷⁷ Vid. www.bimco.org SHIPMAN 2009 7. Insurance Arrangements y 10. Insurance Policies

de siniestro, presta igualmente su asistencia atendiendo las reclamaciones, y garantizando la correcta liquidación del aquél, dando al naviero todo el apoyo necesario⁶⁷⁸.

Desde nuestro punto de vista, este amplio deber de asesoramiento profesionalizado, que se exige en los formularios internacionales a un gestor del naviero encargado de la función aseguradora del buque, puede integrarse dentro de los deberes de información, asesoramiento y asistencia exigidos a los corredores de seguros, conforme al art.26 de la LMSRP. En realidad, estos tres términos son expresión de un mismo deber⁶⁷⁹: el de asesorar al cliente, al que previamente se le suministra información acerca de las condiciones del contrato que le conviene suscribir, se le ofrece la cobertura que, conforme al criterio profesional del corredor, mejor se adapte a las necesidades de aquél, y se le asiste, indicándole el modo de proceder que más convenga a sus intereses, facilitándole su relación con la aseguradora durante toda la vigencia del contrato mediado⁶⁸⁰.

De otro lado, ha de tenerse en cuenta que, tal como hemos señalado, el seguro marítimo está incluido en la clasificación de grandes riesgos, por tanto el corredor de seguros, en este supuesto, está exento del deber de informar⁶⁸¹ y del análisis objetivo⁶⁸² conforme al apartado 6 del art. 42 de la LMSRP. Entendemos que esta exención, se justifica, porque el cliente en esta clase de seguros no es un consumidor, sino un empresario, - “empresario naviero”-, al que no es necesario proteger mediante medidas tuitivas, porque en principio se supone que no existe desigualdad informativa. Y al mismo tiempo, al corredor

⁶⁷⁸ HILTON C. “The Ship Management Agreement,” cit. pp. 9 y ss.

⁶⁷⁹ MUÑOZ PAREDES, J.M., *Los corredores de seguros...*, cit., p 222

⁶⁸⁰ PEÑAS MOYANO Mª J., “La obligación de informar de los intermediarios del seguro: Propuesta desde Europa” en AA.VV.: *Estudios sobre la Mediación de Seguros Privados*, dirigido por QUINTÁNS EIRAS Mª R. ed., Thomson-Aranzadi. Pamplona 2013, pp. 261 y ss.

⁶⁸¹ LATORRE CHINER N, “Los deberes de información y asesoramiento del mediador de seguros” en CUÑAT EDO, V., y BATALLER GRAU, J.,(Dir.) *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p 224

⁶⁸² MUÑOZ PAREDES, J.M., *Los corredores de seguros...*, cit., p. 236

tampoco se le exige realizar el análisis objetivo conforme a las pautas marcadas en el mencionado artículo, toda vez que se le presupone una alta cualificación profesional, con conocimientos especializados en grandes riesgos, –“seguros marítimos”–, de forma que cuando recomienda a su cliente una póliza, se debe a que previamente ha realizado una identificación, análisis y evaluación en el mercado asegurador, hasta alcanzar la conclusión de que la póliza recomendada es la que mejor se adapta a las necesidades de su cliente, porque sólo así puede cumplir con su deber de prestar un asesoramiento independiente, profesional e imparcial⁶⁸³.

Por otra parte, en el sector de los seguros marítimos, adquiere especial significación, el asesoramiento profesional que se espera del corredor de seguros al conectarlo con la obligación de *“velar por la concurrencia de los requisitos que ha de reunir la póliza de seguro para su eficacia y plenitud de efectos”* que se recoge al final del apartado 2 del art. 26 de la LMSRP. Entendemos que en base a tal obligación el corredor podría resultar responsable⁶⁸⁴ en el caso que la póliza de seguro contratada, según la información prestada y ofertas presentadas, no responda a la cobertura demandada por el cliente en caso de siniestro, pues su obligación era velar⁶⁸⁵ que la póliza cumpliera, con los requisitos de eficacia y desplegara todos sus efectos ante un siniestro.

Así, en el ámbito de los formularios, la responsabilidad del gestor de seguros marítimos del naviero, por fallos en el asesoramiento de la cobertura

⁶⁸³QUINTÁNS EIRAS, M^a R., “Protección a los asegurados en contratos intermediados por mediador de seguros” *RES*, 2005, n^o 123-12, pp. 451 y ss.

⁶⁸⁴BATALLER GRAU, J., “El estatuto Jurídico del Mediador de Seguros”, en CUÑAT EDO, V., y BATALLER GRAU, J.,(Dirs.) *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p.128.

⁶⁸⁵PÉREZ GARRIGUES, M., “El Corredor de Seguros”, en CUÑAT EDO, V., y BATALLER GRAU, J.,(Dirs.) *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 198.

de la póliza, ha sido declarada en el caso del m/v MAIRA⁶⁸⁶, en el que los tribunales ingleses establecieron la responsabilidad de la empresa de gestión de buques, por no ajustar el seguro adecuadamente al valor asegurado.

En definitiva el asesoramiento es una pieza clave en la actividad de mediación de seguros⁶⁸⁷, entendido como una prestación de recomendaciones personalizadas, previo análisis de las necesidades y deseos del cliente, de modo que si éste deviene incompleto o inexacto puede determinar la responsabilidad del corredor de seguros o en su caso del *gestor* de seguros marítimos del naviero.

c) Seguir las instrucciones del cliente

En el formulario Shipman 2009 de BIMCO⁶⁸⁸, viene recogido expresamente que el “*gestor*” deberá contratar todos los seguros, de acuerdo con los términos e instrucciones dadas por el naviero, y en particular todo lo que se refiere a condiciones, valores asegurados, deducciones, franquicias y límites de responsabilidad.

⁶⁸⁶ Vid. Lloyd’s Rep 2 p 12(no 2) 1986, Glafki Shipping Co SA v Pinos Shipping Co No1 “Maira”. En este caso los managers cuando se hicieron cargo de la gestión del buque, éste estaba asegurado por una cantidad que cubría en una 130% la deuda hipotecaria (que era en Yens) según las cláusulas del seguro de crédito a que estaban obligados los propietarios. Los propietarios habían inicialmente asegurado el buque por 10.000.000 \$. Transcurridos aproximadamente seis meses, como parte de la reestructuración del crédito con el Banco se agrego el manager, y seis meses más tarde se renovó la póliza de seguro. Cuando llegó el plazo de renovación de la póliza, debido a las fluctuaciones monetarias de la deuda hipotecaria (que era en Yens) ésta se había convertido en 9.150.000\$ de manera que el seguro requerido de un 130% debería haber sido de aproximadamente de unos 12.000.000 \$. Pero desgraciadamente los shipmanagers, a pesar tener conocimiento de la obligatoriedad de la citada cláusula y de las fluctuaciones monetarias, renovaron el seguro sólo en 10.000.000 \$, 10 días después el buque explotó y se hundió en las costas Australianas. La compañía aseguradora pagó la totalidad de los 10.000.000 \$, pero los propietarios alegaron que los shipmanagers habían cometido fallos en su gestión al renovar la póliza por solo los 10.000.000 \$ y no por 12.000.000 \$, y fueron a juicio para recuperar la diferencia. El Tribunal inglés sostuvo que los shipmanagers habían fallado a la hora de cumplir las obligaciones de la cláusula, ya que deberían haber tenido en cuenta el incremento de la deuda en dólares y haber ajustado el seguro apropiadamente, por lo que los declaró responsables por la diferencia.

⁶⁸⁷ GIRGADO PERANDONES P. “Obligaciones de información del mediador de seguros” AA.VV.: *Estudios sobre la Mediación de Seguros Privados*, dirigido por QUINTÁNS EIRAS M^a R. ed., Thomson-Aranzadi. Pamplona 2013, pp. 235-236

⁶⁸⁸ Vid. www.bimco.org, Shipman 2009. 7 Insurance Arrangements 10 Policies Insurance

Por su parte el corredor, conforme a los deberes comprendidos en el art. 26.2 de la LMSRP , también vendrá obligado⁶⁸⁹ a seguir las instrucciones de su cliente a lo largo de las distintas fases del contrato, escuchando atenta y pormenorizadamente sus pretensiones, averiguando toda la información posible sobre las circunstancias que puedan considerarse razonablemente relevantes, para permitir al corredor identificar sus necesidades y determinar el contrato más idóneo según las instrucciones recibidas.

Este deber, no solo tiene relevancia en el momento de la contratación y formalización del seguro, sino también a lo largo de la vigencia del contrato, desde su renovación y tramitaciones periódicas, confección de partes de siniestro, hasta la formulación de reclamaciones a la entidad aseguradora.

Sin embargo, en ambos casos estamos ante profesionales expertos, que son contratados precisamente por su experiencia y conocimientos, por lo que bajo su criterio profesional, y dentro de su labor de asesoramiento, deben valorar si las instrucciones del cliente son adecuadas y convenientes para la cobertura demandada, aclarando con él cualquier divergencia sobre su idoneidad.⁶⁹⁰ Todo ello con la finalidad cumplir el encargo, de asesorarle que contrato de seguro más le conviene y el que mejor se adapte a la cobertura que desea obtener⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ MUÑOZ PAREDES, J.M., *Los corredores de seguros...*, cit., p. 224. El autor considera que el corredor está obligado a seguir las instrucciones de su cliente en las distintas etapas del contrato de seguro.

⁶⁹⁰ MUÑOZ PAREDES, J.M., *Los corredores de seguros...*, cit. p. 225, El corredor debe consultar aquellos aspectos sobre los que no haya recibido instrucciones, o que consideren que las mismas no son suficientemente precisas en cuyo caso deber averiguar datos adicionales para establecer con claridad su alcance y contenido. Si la aclaración o consulta no fuera posible, y tuviese que adoptar una decisión, habrá de obrar conforme a su criterio porque el deber de informar y asesorar prevalece sobre el de seguir las instrucciones, cuando éstas son contrarias a los intereses del tomador.

⁶⁹¹ MARTI SÁNCHEZ, J.N., *RES*, nº 84, 1995, cit., p. 49

d) Relación contractual con el cliente

De acuerdo con el art.29.2 de la LMSRP, la relación del corredor con su clientela se regirá por los pactos que libremente hayan acordado, y, con carácter supletorio por los preceptos del CCo para la comisión mercantil. De lo que se infiere, que las relaciones entre corredor y cliente, en lo que a derechos y obligaciones se refiere, quedan en el ámbito de la autonomía de la voluntad⁶⁹².

Similar tipo de relación contractual es la que presenta el *gestor* y el naviero, cuando regulan sus relaciones contractuales mediante el contrato de gestión naval, en el que establecen las condiciones que estiman más adecuadas a las funciones encomendadas en cada caso, tomando como referencia los formularios tipo, como el de BIMCO⁶⁹³.

Por lo demás, en el contrato se han de reseñar los servicios que comprenden la gestión aseguradora del buque y que van a ser prestados por el *gestor* – corredor/sociedad de correduría de seguros-, en nombre y por cuenta del naviero protegiendo sus intereses.

Habitualmente, estaremos en presencia de un asesoramiento integral dirigido a la identificación, análisis y evaluación de los riesgos a que está sometido el buque en el desarrollo global de su actividad de navegación, por lo que la labor del corredor será bastante amplia, similar a la comúnmente conocida como “gerencia de riesgos” que comprende desde el diseño, estudio y suscripción de pólizas, auditoria, inspección y administración de riesgos,

⁶⁹² CUÑAT EDO V., “Las líneas rectoras de la Reforma” en CUÑAT EDO, V., y BATALLER GRAU, J., (Dir.) *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, pp. 104-107. El autor considera que las relaciones entre las partes unas veces se ajustaran a la comisión mercantil en caso de mandato del cliente y otras al corretaje si es el corredor quien ofrece distintas posibilidades de aseguramiento.

⁶⁹³ BRANCH ALAN E., *Elements of Shipping...*, cit. p. 459.

hasta la defensa y tramitación de siniestros, o atender cualquier otra necesidad en relación con la gestión aseguradora encomendada⁶⁹⁴.

En nuestra opinión, del análisis realizado a lo largo de este apartado y en virtud del principio de libertad contractual o autonomía de la voluntad, que se refleja en la relación contractual entre el naviero y *gestor*, consideramos que, si una empresa naviera desea encargar de forma autónoma e independiente la función aseguradora de su buque o flota de forma estable a un *gestor*, mediante un contrato de gestión naval, y si dicha actividad va a ser desarrollada en territorio nacional, realizando tanto operaciones en el mercado nacional como transfronterizo, siempre y cuando se produzcan dentro del espacio de la Unión Europea, debería ser desempeñada a través de un intermediario de seguros, siendo la figura más adecuada conforme a la Ley de mediación española la del, -corredor/sociedad de correduría de seguros experta en seguros marítimos-, que a su vez será filial o perteneciente al grupo de la empresa de gestión naval, o estarán vinculadas mediante acuerdos de colaboración.

En la práctica del negocio marítimo de gestión naval, la sociedad de correduría, a pesar de ser una filial del grupo, no está pensada para atender solo a los clientes del grupo o clientes internos, sino que también se ocupa de clientes externos y normalmente, aunque su especialización y actividad principal se desarrolle en el ámbito de los seguros marítimos, suelen conformar su oferta de productos en sectores próximos a la industria naval y empresarial⁶⁹⁵. Esto es así, porque en muchos de los casos el volumen total del grupo no tiene una dimensión suficiente para ser competitivos en un mercado tan complejo como el asegurador, y es necesario contar con otros clientes

⁶⁹⁴ WILLINGALE M, *Ship Management*, cit., pp.134 y ss.

⁶⁹⁵ STEVENS G, "Managing P&I Clubs", Ponencia presentada en The Lloyd's Ship Manager 14 Annual Ship Management Conference 2004, publicada por Lloyd's List Events 2004, pp. 15 y ss.

externos para obtener buenos precios y las mejores condiciones a la medida de su clientela, entre la que se encuentra el naviero. Es decir, no estamos ante una gran red de distribución, con una estructura organizativa de medios personales y oficinas operativas similar a la actividad banca-seguros, en la que la sociedad de correduría o el corredor pudieran llegar a ser cautivos de la empresa de gestión naval, precisamente porque no se dan las circunstancias socio-económicas que han dado lugar al nacimiento de aquél canal de mediación.

Por el contrario, a nuestro modo de ver, consideramos que una figura similar a la ya analizada del “operador banca-seguros”, no encajaría, en el presente supuesto. En primer lugar el vínculo que se crea entre el “operador de banca-seguros” y la entidad o entidades aseguradoras mediante la celebración de un contrato de agencia, obliga aquél a promover en exclusiva los productos de tales entidades. En segundo lugar el operador banca-seguros actúa por cuenta de la entidad aseguradora, y al estar sometido al régimen de agencia de seguros su cartera de clientes pasa a pertenecer a la entidad aseguradora⁶⁹⁶. Todo ello desemboca en una relación de dependencia, que le impediría buscar para el naviero la mejor cobertura entre un amplio número de compañías aseguradoras solventes que intervienen en el mercado asegurador, ya que la oferta se reduciría exclusivamente a las coberturas ofrecidas por la compañía o compañías de seguros con las que hubiera suscrito el contrato de agencia. Por tanto, esta afección con la entidad aseguradora chocaría frontalmente con una de las características esenciales de la figura del gestor naval, como es la independencia.

Y es precisamente, este rasgo singular de independencia -que comparte con el corredor/sociedad de correduría de seguros- es el que le

⁶⁹⁶ INSERN SALVAT M^a R., “ La intervención de los mediadores en los seguros privados”, cit., p. 214.

permite cumplir el encargo de la gestión aseguradora con eficacia, asesorando al naviero en la adquisición y suscripción de la mejor cobertura de seguros para el buque, que pueda estar disponible y a precios competitivos en el mercado global de seguros entre un extenso número de reputadas Entidades aseguradoras que conforman el mercado asegurador.

CAPÍTULO V

NATURALEZA JURÍDICA Y DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO DE GESTIÓN NAVAL

V.1.Naturaleza Jurídica

V.1.1.Unicidad del contrato de gestión naval

El Derecho de la contratación, es uno de los sectores más dinámicos del ordenamiento jurídico, acaso esencialmente, por reconocer a los particulares la facultad de crear nuevas figuras contractuales en aras de la libre autonomía de la voluntad (Art. 1.255 CCv) acorde con el principio constitucional de libre iniciativa económica. Estos principios ha permitido a los operadores económicos, adaptarse a la propia dinámica del tráfico, registrando un haz importante de variedades contractuales atípicas en torno a unas cuantas modalidades básicas, es por ello, por lo que en el ámbito jurídico de la contratación, en el que se sitúa el contrato de gestión naval, adquieren un relieve particular la atipicidad, es decir, aquella situación en la que la ley no ha predispuesto una particular disciplina jurídica⁶⁹⁷.

En este caso, nos encontramos ante un contrato atípico, ya que, -de momento-, está desprovisto de una normativa específica, si bien tal y como hemos señalado con una evidente tipicidad social⁶⁹⁸, dada su frecuente

⁶⁹⁷Vid. CASTAN TOBEÑAS/FERRANDIS VILELLA, *Derecho Civil...*, T. IV, cit. pp. 10 y ss.; DIEZ PICAZO L, *Fundamentos del Derecho Civil*, cit., Vol.1, pp. 487-493; DIEZ-PICAZO L/ GULLÓN A, *Sistema de Derecho Civil, El contrato en General. La relación obligatoria*, Vol. II, Tomo I, 10ª ed. Tecnos Madrid 2012, pp. 27 y ss.; GARCÍA AMIGO M, *Lecciones de Derecho Civil II. Teoría General de las Obligaciones y contratos*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995 pp.323 y ss.; LACRUZ BERDEJO J.L./SANCHO REBULLIDA F. /LUNA SERRANO A. /DELGADO ECHEVERRÍA J. / RIVERO HERNÁNDEZ F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil T.II*, Vol. 1º, cit., pp.483 y ss.; LÓPEZ FRÍAS A., *Los contratos conexos*, ed. Bosch, Barcelona 1994; VICENT CHULIÁ F. *Compendio crítico...*, pp. 47 y ss.; CHULIÁ VICENT E./ BELTRÁN ALANDETE T, *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*, 4ª ed., Bosch, Barcelona 1999, pp. 11 y ss.; GARCÍA VILLAVERDE,R., “Tipicidad contractual y contratos de financiación”, en AA.VV. *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el Mercado Financiero*, coordinado por ALONSO UREBA,A./ BORNADEL LENZANO,B./ GARCÍA VILLAVERDE, R., Ed. Civitas, Madrid, 1990, pp. 3-19; JORDANO BAREA, J.B., “Los contratos atípicos” , *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T.195, 1953 pp. 59-95, Ídem., “Contratos mixtos y unión de contratos “ en A.D.C., T.IV, 1951 pp. 321-339; FUBINI R. “Contribución al estudio de los contratos complejos” *Revista de Derecho Privado*, T. XVIII, Enero-diciembre 1931, pp. 1-17.

⁶⁹⁸DE CASTRO BRAVO F, *El negocio jurídico*, ed. Civitas, Madrid 1985, p. 207; VICENT CHULIÁ F, *Compendio Crítico...*, T II, cit., p 47, Contratos socialmente típicos son aquellos que,

utilización en el sector marítimo, donde se regula contractualmente mediante formularios ampliamente difundidos⁶⁹⁹. A lo largo de este estudio hemos analizado el concepto, los elementos definitorios y las características esenciales del contrato de gestión naval, a fin de captar la esencia de esta nueva figura y, por aproximación a figuras jurídicas más afines previstas por el legislador, establecer los parámetros adecuados para intentar determinar cuál es su naturaleza jurídica, teniendo presente la libertad, como regla general que preside la contratación, pero al mismo tiempo conservando el equilibrio entre las prestaciones prometidas por las partes, y de este modo procurar la determinación del régimen jurídico aplicable, dado su carácter atípico.

La complejidad de este contrato, del que surgen diversas relaciones jurídicas, hace discutible su naturaleza jurídica⁷⁰⁰, pues del análisis realizado se observa que tiene elementos de cada una de las figuras contractuales típicas en las que hemos tratado de ubicarlo. Así, las actividades de carácter técnico-náutico que comprenden la gestión técnica se acercan al arrendamiento

pudiendo venir definidos o no en la Ley, no se hallan regulados en ésta, aunque sí consolidados con perfiles muy claros en la práctica de los negocios, en incluso pudiera ser que identificado con algún *nomen iuris*, se tratará por tanto de contratos nominados pero atípicos.

⁶⁹⁹LÓPEZ RUEDA F.C. “De los contratos auxiliares de la navegación...”, cit., p. 425.

⁷⁰⁰ La naturaleza jurídica del contrato de gestión de buques del Derecho de los formularios no es una cuestión pacífica, la doctrina no es unánime: ARROYO MARTÍNEZ I, *Curso de Derecho Marítimo...*, cit. p. 513 y GÓRRIZ LÓPEZ C, *ADM*, Vol. XV, 1998, cit. p 423, consideran que el contrato de gestión naval es un contrato de Arrendamiento de Servicios; GABALDON GARCÍA J.L./RUIZ SORA JM, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima...*, cit. pp. 427 y ss., en su última edición 2006 lo consideraban un contrato de Agencia, igual criterio sostiene GABALDON GARCÍA J.L., en *Curso de Derecho Marítimo...* cit. editado en 2011, p 327; LÓPEZ RUEDA F.C., “De los contratos auxiliares de la navegación...”, cit., p.42, considera que le resultan aplicables las normas del contrato de agencia contenidas en la Ley 12/1992 y supletoriamente las normas del C. de Co., relativas a la Comisión Mercantil; DUQUE DOMÍNGUEZ J.F. “Naviero y Condominio naval; El Gestor Naval, en AA.VV.: *Jornadas sobre la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de Navegación Marítima*, ARROYO MARTÍNEZ I Coord., ed. Thomson/Civitas, 2006, pp.130-131, considera que la relación interna entre naviero y gestor en defecto de pacto habrá de acudirse al contrato de Comisión Mercantil o al contrato de Agencia si la gestión es continuada; PULIDO BEJINES J.L, *Instituciones de Derecho de la Navegación Marítima*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009 p.287, parece entender “que los gestores o managers, son meros empleados, gestores de intereses ajenos aunque de alto rango”; y QUINTÁNS EIRAS M.R., “La naturaleza jurídica del contrato de gestión naval”, cit. p. 468 le otorga una naturaleza dual de comisión o agencia según esté presente o no la actividad de promoción.

mercantil de servicios; las relativas a la gestión de la dotación y aseguradora en la medida que pueden concluir y ejecutar contratos se asimilan al contrato de comisión mercantil; y las comprendidas en la gestión comercial en cuanto incluyan, no solo la conclusión de operaciones comerciales, sino también promocionar la actividad empresarial del naviero mediante la búsqueda de contratos para el empleo del buque, se asemeja al contrato de agencia.

Por otro lado, dada la variabilidad y ductilidad característica del contrato de gestión naval, que permite al naviero contratar al gestor la gestión integral o parcial del buque, para que lleve a cabo todas las tareas relacionadas con su explotación, o sólo algunas de ellas de forma independiente y principal⁷⁰¹, se puede plantear el problema: ¿si estamos ante un contrato unitario de contenido complejo o ante una pluralidad de contratos sean típicos o atípicos?

Según la doctrina⁷⁰², lo normal será la unidad de las relaciones que median *inter partes*, a menos que exista alguna razón justificada contraria a la unificación jurídica de los diversos elementos negociales, pues así se desprende del sentido lógico, de la finalidad económica y de la utilidad práctica; razones por las que los contratantes habrán de tener de ordinario, un interés en la unidad, que debe ser digno de tutela⁷⁰³.

⁷⁰¹Ver nuestras observaciones en el apartado Elementos reales del contrato.

⁷⁰²JORDANO BAREA, J.B., "Los contratos atípicos", *RGLJ*, 1953 T.195, cit., p.73.

⁷⁰³FUBINI R, "Contribución al estudio de los contratos complejos," cit., p. 6, "...para decidir la unidad del contrato, es preciso examinar ante todo si las partes contratantes tiene en tal unidad un interés que merezca ser tutelado, y que generalmente ha de encontrarse en el vínculo económico...."

Para determinar si las partes, en un supuesto dado han concluido un solo contrato o varios diferentes, la doctrina⁷⁰⁴ y la jurisprudencia han tomado como referencia distintos criterios:

a.- Desde el punto de vista subjetivo, se ha apuntado como criterio a tener en cuenta la voluntad de las partes, si bien este elemento no puede ser determinante, pues en la mayoría de los casos las partes persiguen la consecución de una finalidad económica sin plantearse si ello requiere la conclusión de uno o más negocios.

b.- Si acudimos a criterios de índole objetiva, podemos tomar como referencia en un primer término, el elemento formal⁷⁰⁵, es decir que el contrato se formalice en un único documento, aunque ello no deja de ser un mero indicio ya que nada impide que varios negocios puedan recogerse en un solo documento. Otro elemento puede ser la circunstancia de ser común el objeto, pero tampoco es suficiente este criterio, porque es posible la coexistencia separada de dos formas contractuales, recayendo sobre el mismo objeto. Un tercer criterio objetivo puede ser la retribución, cuando ésta es única frente a todas las prestaciones características de otros contratos, estaríamos frente a un solo negocio; por el contrario habría pluralidad de contratos autónomos cuando para cada prestación se fijase una retribución especial, pero tampoco este elemento puede ser considerado determinante y será un indicio más, que nos indique el deseo de las partes sobre la unidad del negocio⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴JORDANO BAREA, J.B., “Los contratos mixtos y unión de contratos”, cit., p. 332, considera difícilísimo en teoría sentar un seguro criterio distintivo válido para todos los casos de la realidad.

⁷⁰⁵JORDANO BAREA, J.B., “Los contratos atípicos”, cit., p.74. ; STS de 24 de mayo de 1973.

⁷⁰⁶JORDANO BAREA, J.B., “Los contratos atípicos”, cit., p. 74-75.

Por último la doctrina⁷⁰⁷, considera que el único criterio viable para determinar la unidad del contrato es la causa. Se entiende con carácter general que existe un contrato si la causa es única, y una pluralidad de contratos si concurren varias causas autónomas y distintas. Se concibe la causa del contrato como la función económico-social que aquél cumple en cada caso⁷⁰⁸. Única es la causa incluso para el negocio que, aun conteniendo elementos propios de negocios típicos diversos, constituye a pesar de ello una unitaria manifestación de la voluntad a la que el Ordenamiento Jurídico atribuye efectos jurídicos. Así podemos encontrarnos con una causa mixta o compleja, resultante de la combinación de las causas correspondiente a los elementos de dos o más negocios típicos o atípicos, que justifique la unidad del contrato, a pesar de la pluralidad de las prestaciones⁷⁰⁹. Existirá esa causa cuando las partes puedan conseguir a través del contrato, no uno, sino varios fines conexos y coherentes, sin lo cual se tornaría de nuevo a la pluralidad de causas y, consiguientemente a la pluralidad de contratos⁷¹⁰.

Por consiguiente donde haya pluralidad de causas existirá una pluralidad de contratos y, por el contrario, cuando haya causa única, siquiera,

⁷⁰⁷ Vid. ALBADALEJO GARCÍA M., *Derecho civil. Derecho de las obligaciones*, cit., p. 34; LACRUZ BERDEJO J.L./SANCHO REBULLIDA F. /LUNA SERRANO A. /DELGADO ECHEVERRÍA J. / RIVERO HERNÁNDEZ F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, T.II, Vol. 2 cit. p. 248; LÓPEZ FRÍAS A, *Los contratos conexos...*, cit. p. 279. SANTOS BRIZ J. "Contratos fácticos y atípicos. El contrato como objeto de otro contrato" A.A.M.N., T XX (1976) p. 332; CASTRO LUCINI F, "Los negocios jurídicos atípicos", en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre 1974 pp., 16 y ss.; DE CASTRO BRAVO F, *El negocio jurídico...*, cit., p. 289; JORDANO BAREA, J.B., "Los contratos atípicos" cit., p.75; ÍDEM, "Contratos mixtos y unión de contratos" cit. pp. 332 y ss.

⁷⁰⁸ No vamos a entrar en la discusión sobre el significado de la causa del contrato ni en la exposición de las distintas teorías que se ha elaborado en torno a ella. Vid. ALBADALEJO GARCÍA M, *Derecho civil. Derecho de las obligaciones* T.II, cit., pp. 34 y ss.; DIEZ PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil...*, Vol. 1, cit., pp.255 y ss.; LACRUZ BERDEJO J.L./SANCHO REBULLIDA F. /LUNA SERRANO A. /DELGADO ECHEVERRÍA J. / RIVERO HERNÁNDEZ F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil* T.II, Vol. 1º, cit., pp.416 y ss.

⁷⁰⁹ FUBINI C. "Contribución al estudio de los contratos complejos" cit. p.14. Con respecto al contrato de las cajas de seguridad señala que se está en presencia de una relación única y que la multiplicidad de las prestaciones existe precisamente en atención a tal unicidad, coordinado todo al mismo fin.

⁷¹⁰ JORDANO BAREA, J.B., "Los contratos mixtos y unión de contratos", cit., p. 335.

mixta o compleja formada por la unión o fusión de dos o más formas contractuales, se puede afirmar que existe unidad de contrato⁷¹¹.

Si aplicamos los anteriores criterios al contrato de gestión naval, observamos que reúne todos ellos por lo que podríamos decir que existen indicios de que estamos ante un contrato unitario; pues se formaliza en un único documento, la gestión recae sobre el buque, se establece una forma de retribución única independientemente de las prestaciones que realice el gestor. Pero lo más importante y decisivo para defender la unidad del contrato es que tiene una única causa consistente en: la prestación de servicios marítimos especializados para gestionar la explotación del buque, que como hemos examinado comprende múltiples funciones identificadas dentro de la misma causa, y todas ellas encaminadas a perseguir la finalidad práctica querida por las partes, es decir, la gestión de la explotación del buque a cambio de una remuneración, por consiguiente hemos de concluir que el contrato de gestión naval es un contrato unitario de contenido complejo y variable⁷¹².

V.1.2. Estructura contractual flexible: distintas modalidades de la relación negocial

La estructura contractual del contrato de gestión naval, se caracteriza precisamente por la variabilidad de su contenido, porque en la misma se integran una serie de prestaciones que no pierden su individualidad, aún dentro del total proceso de gestión en que consiste el desarrollo propio del contrato y

⁷¹¹JORDANO BEREJA, J.B.. “Los contratos atípicos”, cit., p.75.

⁷¹² Vid STS 19 mayo 1962, “... la autonomía privada que consagra el art.1255 del CCv. permite a los contratantes la creación de tipos distintos de los previstos en la ley... generalmente utilizando elementos de contratos regulados mediante fusión, produciéndose una síntesis unitaria como en el caso de los llamados complejos y mixtos. En igual sentido STS de 19 de enero de 2001, “...el contenido del contrato convenido entre los litigantes.. con un objeto integrado por una bilateral pluralidad de prestaciones diversas concatenadas para constituir una unitaria finalidad obligacional a consumir mediante actuaciones recíprocas y compensatorias entre si desde el revestimiento unitario que les proporciona un contrato complejo...que movió a las partes a prestar su consentimiento creador como dispone el art. 1254 del Código Civil...”

al mismo tiempo, también está dotada de una gran flexibilidad, que le permite desenvolver la misma relación negocial bajo distintas modalidades:

- a) La gestión integral de la explotación del buque, en la que estarían comprendidas todas las prestaciones relativas a la gestión: técnica, dotación, comercial y aseguradora, en la que nos encontraríamos con prestaciones características de los contratos de arrendamiento mercantil de servicios, de la comisión y de la agencia
- b) La gestión parcial de la explotación del buque, que permite combinar cualquiera de las áreas de la gestión del buque. En este supuesto se podrían incluir algunas de las prestaciones, como por ejemplo la gestión técnica unida a la gestión laboral y aseguradora, que es bastante habitual en el sector de la gerencia de buques.
- c) La posibilidad de desempeñar cualquiera de las áreas de gestión de forma independiente. Este supuesto en la práctica se da con relativa frecuencia respecto de la gestión técnica, debido, -como ya se indicó-, a las dificultades que para un naviero supone hacerse cargo de esta área que implica revisar constantemente y estar al día de los procedimientos y sistemas de la operativa del buque que no solo es extremadamente costoso y complicado, sino que también requiere un personal formado escaso y caro, de ahí que este aspecto de la gestión sea uno de los más demandados, porque para el naviero resultaría prácticamente imposible con sus recursos, llevar a cabo esta actividad de manera eficiente ateniéndose a la normativa internacional de obligado cumplimiento en cuanto a la seguridad de la navegación y prevención del medio ambiente.
- d) Y por último, también cabe la posibilidad de que el naviero contrate un área de gestión y posteriormente decida contratar una segunda o tercera área, ¿en este caso se produciría una modificación del contrato

o estaríamos en presencia de un nuevo contrato o de dos contratos distintos?

Pues bien, las distintas modalidades bajo las que puede presentarse el contrato de gestión naval, en función de los servicios demandados por el naviero, sirven para poner de manifiesto cómo la articulación de las diversas funciones que puede prestar el *gestor* pueden asimilarse con desigual alcance a distintas figura jurídicas, lo que, a nuestro modo de ver, impide atribuir unos efectos comunes y generales a todas las posibles variantes del contrato.

De acuerdo con nuestras observaciones al analizar las distintas figuras afines al contrato objeto de estudio, podemos concluir que, por lo que hace, al arrendamiento de servicios, hemos verificado que la gestión del buque puede incluir la promoción, conclusión y ejecución de contratos relativos a la explotación de aquél, es decir, la realización de actos jurídicos que influyen en la esfera de naviero en el resultado final, razón por la que a nuestro modo de ver no puede extenderse la aplicación analógica de la citada figura jurídica a todo el contrato. Pero, cuando dicha actividad técnico-náutica se presenta por sí sola agotando el contenido de la relación de gestión naval, puede entenderse –como vimos– que se trata de una obligación de actividad, en la que el *gestor* se obliga a emplear su mejor diligencia para prestación de un servicio singularmente especializado de índole material el cual resulta muy difícil de realizar para el naviero, por consiguiente es posible que este supuesto pueda ser asimilable al contrato de arrendamiento de servicios⁷¹³.

Así mismo, cuando se trata del contrato de comisión mercantil, tampoco es posible aplicar la globalidad de su régimen con *vis expansiva* a

⁷¹³ Vid. ARROYO MARTÍNEZ I., *Curso de Derecho Marítimo*, cit. p. 513 y GÓRRIZ LÓPEZ C, *ADM*, Vol. XV, 1998, cit., p. 423.

todo el contrato gestión naval, porque como hemos señalado, el conjunto de las prestaciones que constituyen el contrato sobrepasan la pura ejecución de actos jurídicos, existiendo actos materiales de carácter principal en los que no está presente la idea de sustitución sino la de cooperación de manera estable y duradera⁷¹⁴. Y por lo que se refiere al contrato de agencia, no es viable la aplicación por vía analógica a todas las prestaciones del contrato, porque la actividad de promoción elemento esencial de la agencia, de ser querida por el naviero, solo tendría sentido en la gestión comercial⁷¹⁵.

Parece, por consiguiente, que la atipicidad del contrato de gestión naval reside en la peculiar combinación de servicios que ofrece, y en su especial aptitud para ofrecer así un tratamiento global de los distintos problemas que plantea la gestión de la explotación de un buque.⁷¹⁶ La novedad del contrato de gestión naval, estriba en su agrupamiento bajo una sola figura comercial de corte unitario, que permite atender de forma conjunta y global a una finalidad económica variable y compleja como es gestión de la explotación de un buque. Se garantiza así, de una parte, una notable flexibilidad y ductilidad, por la posibilidad de integrar y de disgregar las diversas funciones bajo fórmulas variadas de acuerdo con las concretas y cambiantes necesidades del naviero, adaptándose a las contingencias que puedan presentarse en el sector del negocio marítimo. Y al mismo tiempo, se logra, la inserción de esta actividad en un marco estable y duradero, por el carácter continuado que necesariamente genera la prestación de servicios marítimos especializados de gestión para la explotación de buques ajenos.

⁷¹⁴Vid. DUQUE, *Jornadas sobre la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de Navegación Marítima*, cit. pp. 130-131.

⁷¹⁵GABALDON GARCÍA J.L./RUIZ SORA JM, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima...*, cit. p. 428; QUINTÁNS EIRAS, M.R., “Naturaleza jurídica del contrato de gestión naval”, cit., p. 468.

⁷¹⁶Vid. www.bimco.org. Explanatory Notes Shipman 2009.

V.2. Determinación del régimen jurídico aplicable al Contrato de gestión naval

V.2.1. Calificación del contrato de gestión naval

Vamos ahora, dado el carácter atípico del contrato de gestión naval, a intentar reconducirlo a alguna de las categorías, en las que son susceptibles de ser encuadrados los contratos atípicos, teniendo en cuenta la consideración unitaria del contrato en el que hay presente elementos que, al menos por analogía, pertenecen como propios a otros contratos típicos.

Puede entenderse la atipicidad como la falta de ajuste entre la realidad social y económica respecto de su sometimiento a una particular normativa jurídica, aparece así la distinción de los contratos típicos y atípicos según exista o no una previa disciplina jurídica objetiva y general para ellos⁷¹⁷. Ahora bien la atipicidad puede darse de diversas maneras y puede ser más o menos absoluta, así nos podemos encontrar con contratos que carecen de todo ordenamiento legal y no coinciden, en ninguno de los aspectos con los contratos regulados, (contratos totalmente atípicos o absolutamente innominados)⁷¹⁸. También nos podemos encontrar con contratos atípicos que, aunque carezcan de una disciplina normativa, por su reiterada celebración consagran su tipicidad social⁷¹⁹ por vía doctrinal o jurisprudencial y son

⁷¹⁷Vid. DIEZ PICAZO L, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...*, Vol. I, cit., p.488 “Los conceptos de tipicidad y atipicidad son relativos, pues se miden en función del contenido que en cada momento posee el ordenamiento jurídico.”; DIEZ-PICAZO L/ GULLÓN A, *Sistema de Derecho Civil, El contrato en General...* cit., p.27 “—La autonomía de la voluntad permite que los contratantes pacten una relación negocial distinta de la prevista en la Ley para el contrato que han celebrado.....”. CASTRO LUCINI F. “Los negocios jurídicos atípicos” cit. p. 19 y ss.; DE CASTRO BRAVO F, *El negocio jurídico*, cit., p.205 y ss.; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Manual de Derecho Civil, Derecho de obligaciones y contratos...*, cit., p. 631 y ss,”... contratos atípicos son los que no están regulados por la ley ni encajan en algún modelo legal, pero están permitidos en nuestro Ordenamiento jurídico, al amparo del principio de autonomía de la voluntad..”

⁷¹⁸CASTAN TOBEÑAS/FERRANDIS VILLELA, *Derecho civil...*, T.IV, cit., p.16 ; JORDANO BEREÁ, J.B., “ “Los contratos atípicos”, cit., p. 60, “considera que contrato innominado equivale a contrato que no tiene un nomen iuris en el sistema de la Ley, lo cual depende a su vez, por regla general del hecho de no tener una particular disciplina.

⁷¹⁹DE CASTRO BRAVO F, *El negocio jurídico...*, cit., p. 207

conocidos por un *nomen iuris*⁷²⁰. Y otra categoría, situada en una zona intermedia o de relativa atipicidad, serían aquellos contratos que combinan diferentes tipos contractuales o varias prestaciones singulares reguladas en tipos diversos, que pueden presentarse bajo una figura unitaria o una pluralidad contractual (mixtos, complejos y coaligados).⁷²¹

Pues bien, atendiendo al carácter de unidad contractual, que a nuestro modo de ver, está presente en el contrato de gestión naval, así como su manifiesta tipicidad social, las posibilidades de encajarlo en las diferentes clase de contratos atípicos queda reducidas a los contratos mixtos o complejos, que si bien en la realidad fáctica y en la consideración teórica no parecen muy diversos, la doctrina los ha concebido como dos categorías diferentes, a las cuales les reconoce una evidente unidad contractual, tanto desde el punto de vista subjetivo, como objetivo⁷²².

Vamos, por tanto, a centrar la cuestión sobre estas dos categorías. Por contrato mixto se entiende aquel en que, dentro de un único contrato,

⁷²⁰ VINCENT CHULIA F, *Compendio Critico*..., cit., p. 47, “...contratos socialmente típicos, no definidos regulados por la Ley pero consolidados con perfiles muy claros por la práctica de los negocios y conocidos por un nombre,(que a veces e recogido en la Legislación: contratos Nominados”. En igual sentido JORDANO BEREÁ, J.B., “ Los contratos atípicos”, cit., p. 60, “..bien tener un nomen no basta por sí solo para convertir en legalmente típico a un determinado negocio pues hay algún contrato que es designado como tal, y, sin embargo carece de disciplina legal...en rigor en este último caso deberíamos decir contrato nominado pera atípico....”

⁷²¹ CASTAN TOBEÑAS/FERRANDIS VILLELA, *Derecho civil* ..., T.IV,cit., p.22 ; DIEZ PICAZO L, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*..., Vol. I, cit., p.490, *El autor denomina contratos coaligados a aquellos casos en que las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen o que pretenden. Por ejemplo se concierta un arrendamiento y se estipula una opción de compra a favor del arrendatario; se concede un préstamo y se constituye hipoteca a favor del prestamista....En este caso se considera que existe una pluralidad de contratos, no se está en presencia de un contrato único...*”; GARCÍA AMIGO M., *Lecciones de Derecho Civil*..., cit. p.325, en igual sentido, considera que los contratos coaligados implican una relación internegocial; LÓPEZ FRÍAS A, *Los contratos conexos*..., cit., pp.271 y ss.

⁷²² DIEZ PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil*..., Vol. 1, cit., p. 491. Considera que: *en los llamados contratos mixtos y contratos complejos, la unidad contractual es evidente, tanto si se mide a través de la unidad del intento empírico (punto de vista subjetivo) como si se contempla a través de la finalidad o función del contrato (punto de vista objetivo)*; DE LA CUESTA RUTE J.Mª /VALPUESTA GASTAMINZA E., “ Marco General de la contratación mercantil”, cit., p. 48 y ss. Dentro de los contratos atípicos se suele distinguir entre los “complejos, o mixtos,” en los que cabe reconocer diversas prestaciones propias de contratos típicos que se hallan unidos por un solo fin.

confluyen elementos que pertenecen a tipos de contratos diferentes, es decir, se caracteriza por reunir elementos de diversos tipos contractuales⁷²³.

Por contrato complejo⁷²⁴ se considera aquel contrato, en la que las prestaciones de cada una de las partes, las obligaciones asumidas o los pactos establecidos, aisladamente considerados, pertenecen a un tipo contractual preexistente del cual parcialmente se aíslan para integrarse en el negocio, no como mera yuxtaposición sino como una fusión de tales prestaciones, obligaciones o contratos típicos⁷²⁵.

Pues bien, el contrato de gestión naval, es una consecuencia de la autonomía privada⁷²⁶, consagrada en nuestro ordenamiento en el art. 1255 del CCv, que ha permitido al naviero y al *gestor* acceder, a un tipo distinto de los previsto en la Ley, para cubrir su necesidad de gestionar los distintos aspectos de la explotación del buque, utilizando elementos de los contratos de arrendamiento de servicios, comisión y agencia mercantiles, los cuales fusiona y une de modo instrumental para ponerlos al servicio de un fin más amplio y diverso, como es : *la gestión de la explotación del buque*, en la que se integran las diversas prestaciones - técnico-náutica, laboral, comercial y

⁷²³JORDANO BAREA, J.B., “Contratos mixtos y unión de contratos”, cit., p. 328 “...pueden incluir prestaciones de dos o más negocios reconocidos por la Ley, prestaciones en parte propias de uno o más negocios nominados y en parte nuevas, o bien prestaciones no pertenecientes a ningún tipo legal y diversas entre sí.”; DIEZ PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil...*, Vol. 1, cit., p.490

⁷²⁴FUBINI R., “Contribución al estudio de los contratos complejo”, cit., p.5. Para el autor el término Complejo, referido al contrato hay que entenderlo “... en sentido de que en la mente de las partes sólo puede alcanzarse el efecto económico con la recta valoración de todo aquel estado de hecho que para las partes mismas indica el supuesto previo de la contratación...”

⁷²⁵DIEZ PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil...*, Vol. 1, cit., p. 491; Vid. SSTs de 9 de febrero de 1962, según la cual en el caso de los “contratos complejos” se produce un apartamiento de los contratos nominados, cuyo contenido abandonan –por su voluntad- los contratantes, dentro de lo posible lícito. Por este motivo, los tribunales deben mantenerse siempre “... en el área de estimar la unidad del núcleo, con el fin de rendir homenaje a la voluntad de los interesados y, en especial, a velar por la regulación también unitaria del pacto”. En igual sentido GARCÍA AMIGO M., *Lecciones de Derecho Civil*, cit., p.325, “...Esta figura se da cuando en el acto coexiste vinculados estrechamente dos declaraciones de voluntad distintas, pero que en su vinculación sirven a una finalidad económico-social común...”

⁷²⁶DE CASTRO BRAVO F., *El negocio jurídico...*, cit., pp.10 y ss. “...El poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de la relaciones jurídicas...”

aseguradora-, las cuales pueden aparecer todas, una sola, o combinadas entre ellas en el pacto contractual. Así las cosas, la calificación que, a nuestro modo de ver, nos parece se adecua de forma más completa y coherente al devenir del *contrato de gestión naval*, teniendo en cuenta su unicidad causal y la pluralidad de elementos, presentes y fusionados de los citados contratos típicos, es la de *contrato complejo*

Por otra parte, creemos que , simultáneamente con dicha clasificación, es factible aplicarle también el calificativo “sui generis”⁷²⁷ no en el sentido de contrato inclasificable o incalificable por hipotética atipicidad absoluta⁷²⁸, sino más bien como un contrato gobernado por sus específicas estipulaciones, que posee una singularidad propia⁷²⁹, independiente de otros contratos, en cuanto, como hemos venido repitiendo, posee una causa específica, que es diversa de la causa de los demás contratos, que lo hace especial y autónomo. Precisamente este carácter singular, que se desprende del derecho de los formularios, es lo que ha llevado a los autores de la Propuesta de la Ley General de Navegación Marítima, – en la actualidad Proyecto de Ley de Navegación Marítima- a incluirlo como una figura contractual nueva y autónoma⁷³⁰.

⁷²⁷ LÓPEZ RUEDA F.C., “De los contratos auxiliares de la navegación”, cit., p.430, considera que el contrato de gestión naval del Derecho de los formularios tiene un carácter “sui generis”

⁷²⁸ VICENT CHULEA F, “*Compendio Crítico...*”, cit., p.50. Contratos “sui generis”, que se pretenden inclasificables de contenido absolutamente extraño a los tipificados legalmente.

⁷²⁹ GARCÍA- PITA y LASTRES JL, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., p.402; SÁNCHEZ CALERO F/SÁNCHEZ CALERO GUILARTE J., *Instituciones de Derecho Mercantil...*, Vol. II, cit., p. 255, Los autores utilizan en el sentido referenciado el término “sui generis “ en relación con el contrato de factoring; igualmente ; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ J.L., “Arrendamientos Mercantiles”, cit. p. 278, también califica el contrato de Leasing como contrato “sui generis”.

⁷³⁰ Vid. www.congreso.es Exposición de motivos VII, del PLNM.

V.2.2. Interpretación e integración del régimen jurídico aplicable

Pues bien una vez dilucidado la calificación del contrato de gestión naval, hemos de determinar la manera como debe ser interpretado y como deben ser integradas sus lagunas o sus deficiencias y por consiguiente cual es la normativa a que debe estar sometido.

La doctrina distingue diversos criterios para la interpretación de los contratos atípicos, en los que aparecen elementos de dos o más contratos típicos⁷³¹. Uno de ellos es la teoría de la *absorción o integración*, de acuerdo con la cual, en un contrato atípico se ha de buscar cual es la prestación preponderante, y una vez hallada, si coincide con algún contrato típico concreto, entonces se aplica a toda la relación, el régimen de este último contrato típico⁷³².

Creemos que esta teoría no es adecuada para el contrato de gestión naval, pues tal como hemos apuntado, todas las funciones, - técnica, laboral, comercial y aseguradora- que comprenden la gestión de la explotación del buque son principales, no existe accesoriedad o subordinación de unas funciones sobre otras, de hecho el contrato está pensado para que pueden ser contratadas conjuntamente, combinando unas con otras o solo alguna de ellas. Así pues, no existe una prestación principal o en tal forma prevalente, que evidencie que las demás puedan ser simplemente consideradas como accesorias, por esa razón creemos que no es posible establecer una prestación

⁷³¹ DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil*, Vol. 1, cit., p 493. CASTRO LUCINI, F., “Los Negocios Jurídico Típicos”, cit., p.29, “ *La teoría de la absorción o de la preponderancia, conforme a la que deberán aplicarse al negocio jurídico atípico mixto las disposiciones que corresponda a la prestación principal...*”.

⁷³² VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Critico*..., cit., p.50; GARCÍA PITA Y LASTRES J.L., *Introducción al derecho*..., cit., p. 368. El autor sugiere ver la teoría de la absorción a la que se ha recurrido, como criterio de interpretación e integración con referencia a los contratos administrativos del derogado art.6 TRLCAP.

dominante que absorba a las demás y cuyo régimen jurídico pueda ser aplicado con carácter general a todas las prestaciones.

Otro criterio, alternativo al mencionado, que se ha formulado por la doctrina, es la teoría de la combinación⁷³³, según la cual, primero se ha de proceder a identificar las finalidades de cada una de las prestaciones que devienen obligatorias, por consecuencia del contrato atípico y, tras determinar a qué contratos típicos son reconducibles, proceder a la combinación cuidadosa de los regímenes correspondientes a cada uno de esos contratos típicos, teniendo presente el fin último perseguido por los contratantes⁷³⁴. Algunos autores⁷³⁵ consideran que esta teoría respeta en mayor grado la verdadera voluntad de las partes, ya que trata de mantener la importancia que las partes han atribuido a cada uno de los elementos del contrato, procurando la creación de un todo orgánico; y parece ser la más adecuada, para aquellos contratos que son irreducibles a un solo esquema típico, como los calificados de contratos complejos.⁷³⁶

Y por último, está la teoría denominada de *aplicación analógica*, que recomienda la aplicación de la normativa de la figura típica más afín, pero con la particularidad de que su régimen se aplica de modo flexible, según el arbitrio judicial⁷³⁷. Se sugiere que para resolver las lagunas o dificultades que

⁷³³JORDANO BAREA J.B. “Contratos atípicos”, cit., p. 89 *El autor considera que la teoría de la combinación parte de la existencia de una estrecha relación entre los elementos de cada contrato y las normas correspondiente a cada uno de ellos.*

⁷³⁴DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil...*, Vol. 1cit. p.494. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J, *Curso...* T.II. cit. p.34; GARCIA-PITA Y LASTRES JL, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., p.412.

⁷³⁵FUBINI R., “Contribución al estudio de los contratos complejos”, cit., p 12. Habría de aplicarse las normas de los contratos particulares con la limitación de que no se contradigan entre sí, porque hay que tener presente que las partes han constituido un negocio complejo, no la pluralidad de contratos, sino el contrato único, con una única finalidad empírica.

⁷³⁶VICENT CHULIÁ F., *Compendio Critico...*, cit., p.50. La teoría de la combinación es la más adecuada para los contratos complejos (factoring hospedaje, transporte multimodal etc.)

⁷³⁷ Ver STS de 19 de mayo de 1982 “*Que el problema del contrato mixto o complejo no es, pues, el de su admisión, sino el de su regulación, siendo conocidas al respecto, las tres direcciones doctrinales que, iniciadas en Alemania, se desarrollaron en Italia y en España: en primer lugar, la de la absorción o prevalencia, según la que serán de aplicar las reglas del contrato cuyos elementos*

se presenten ha de tenerse en cuenta la finalidad que las partes se proponen así como una equitativa valoración de los intereses en juego⁷³⁸. Así nuestros Tribunales⁷³⁹ han venido considerando que ante la presencia de contratos atípicos⁷⁴⁰, complejos, debe tenerse en cuenta “*el espíritu que los informa y el objeto que se propusieron las partes*” de modo que una vez que se indague cual es la intención de las partes contratantes, se aplicaran aquellas normas que sean coherentes con la singularidad del contrato complejo⁷⁴¹.

sean predominantes, que absorbería a los demás; en segundo término, la de la **combinación** que postula una especie de «alfabeto contractual» consistente en tener en cuenta los elementos concretos, más que el contrato nominado del que derivan; y finalmente, una **ecléctica**, partidaria de utilizar uno u otro criterio según la combinación de elementos que intervengan en cada caso particular, *siendo de observar que la tendencia moderna rechaza las tres posturas volviendo al viejo principio de la analogía, a cuyo tenor habrán de ser tenidos en cuenta los tipos contractuales más afines de acuerdo con la voluntad de las partes sin que la preferencia de uno o de otro suponga aplicación inflexible de sus reglas legales y dependiendo la solución, en última instancia de lo que decida, con su prudente arbitrio, la Autoridad judicial*; criterio que ya fue tenido presente en las SS. de 10 junio 1929 y 21 marzo 1956”; en igual sentido STS de 2 de diciembre de 2011; 6 de octubre de 2006 y 24 de enero de 1983. Ver, CHULIÁ VICENT E./BELTRÁN ALANDETE T, *Aspectos Jurídico de los contratos atípicos...*, cit., p.15, hace referencia a las mencionadas sentencias del TS de 10 de junio de 1929 y de 9 febrero 1962.

⁷³⁸ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J, *Curso...* T.II. cit. p.34; CASTAN TOBEÑAS/FERRANDIS VILLELA, *Derecho civil ...*, T IV, cit., p.21; CHULIÁ VICENT E./ BELTRÁN ALANDETE T, *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos...*, cit., p. 15

⁷³⁹ La jurisprudencia con un criterio bastante unánime considera que en los contratos atípicos “*la facultad interpretativa del Juzgador es extraer de la voluntad contractual y del fin perseguido, las consecuencias pertinente en orden a lo pactado...aplicando analógicamente las normas de los contratos típicos más afines...acudiendo en su caso a los principios generales de las obligaciones, a la costumbre del lugar y a los Principios Generales del Derecho, si bien cuando se trate de actos mercantiles son igualmente de aplicación los usos del comercio... con la prioridad que les concede el CCo.*”, Ver, SSTS de, 8 de marzo de 2013; 11 de febrero de 2003; 20 de octubre de 1998 y 21 de diciembre de 1963; esta última aparece reseñada en VINCENT CHULIA, “*Compendio...*” Cit. p.50.

⁷⁴⁰ Ver STS de 22-12-2000, en la que se señala que los “contratos atípicos”: *Son aquellos en los que la causa, entendida como función económico-social o práctica, no responde a un esquema objetivo específicamente previsto en la Ley, de tal modo que, dentro de los límites en que se admite la libertad contractual, las partes pueden convenir a su antojo mediante el concurso de voluntades sobre la cosa y causa del negocio la regulación de sus intereses.* Con igual criterio STS 28-09-2001, y 16-11-94 entre otras. Vid. CASTAN TOBEÑAS/FERRANDIS VILLELA, *Derecho civil...*, T.IV, cit., pp. 18 y ss. Hace referencia que para satisfacer la necesidad de regulación de los contratos atípicos, habrá que tener en cuenta la finalidad que las partes se proponen y una equitativa valoración de los intereses en juego

⁷⁴¹ Ver STS de 19 de mayo de 1982 “*Que el problema del contrato mixto o complejo no es, pues, el de su admisión, sino el de su regulación, siendo conocidas al respecto, las tres direcciones doctrinales que, iniciadas en Alemania, se desarrollaron en Italia y en España: en primer lugar, la de la absorción o prevalencia, según la que serán de aplicar las reglas del contrato cuyos elementos sean predominantes, que absorbería a los demás; en segundo término, la de la combinación que postula una especie de «alfabeto contractual» consistente en tener en cuenta los elementos concretos, más que el contrato nominado del que derivan; y finalmente, una ecléctica, partidaria de utilizar uno u otro criterio según la combinación de elementos que intervengan en cada caso particular, siendo de observar que la tendencia moderna rechaza las tres posturas volviendo al viejo principio de la analogía, a cuyo tenor habrán de ser tenidos en cuenta los tipos contractuales más afines de*

A nuestro modo de ver, estas dos últimas teorías son las que parecen adaptarse mejor para solucionar las necesidades de regulación del contrato de gestión naval, en el que las diferentes prestaciones – funciones técnica, laboral, comercial, y aseguradora- cooperan con la misma intensidad a la obtención de un resultado unitario: la gestión de la explotación del buque.

Por lo que se refiere a las dos primeras modalidades, que hemos indicado supra, la gestión integral, o parcial de dos o más áreas de gestión, en las que nos podemos encontrar con una combinación de prestaciones asimilables a los contratos de arrendamiento de servicios, de la comisión o de la agencia mercantiles, proponemos la aplicación también combinada los regímenes de dichos contratos, modulada por la función perseguida por las partes con la opción de gestión del buque elegida, que ha de conectarse con su libre voluntad manifestada en el contenido global del contrato de gestión naval⁷⁴².

En cuanto a la tercera posibilidad apuntada, en la que el naviero opte por encomendar al *gestor* cualquiera de las áreas de gestión de forma independiente, proponemos aplicar por analogía el tipo contractual más afín de acuerdo con la opción elegida, que en el caso de la gestión técnica sería el arrendamiento de servicios, en los supuestos de la gestión de la dotación y aseguradora sería la comisión mercantil y para la alternativa de la gestión comercial nos inclinamos por el contrato de agencia, pero habrá de tenerse en cuenta que la aplicación tales regímenes ha de realizarse aplicando sus reglas

acuerdo con la voluntad de las partes sin que la preferencia de uno o de otro suponga aplicación inflexible de sus reglas legales y dependiendo la solución, en última instancia de lo que decida, con su prudente arbitrio, la Autoridad judicial; criterio que ya fue tenido presente en las SS. de 10 junio 1929 y 21 marzo 1956” ; en igual sentido STS de 2 de diciembre de 2011; 6 de octubre de 2006 y 24 de enero de 1983.

⁷⁴² JORDANO BAREA, J.B., “Contratos mixtos y unión de contratos”, cit., p. 332. “... el intérprete debe ante todo, acudir a la autorregulación de los intereses libremente escogida por las partes y sólo en su defecto o falta podrán recurrir al método de la combinación, pero su aplicación no ha de ser meramente mecánica, sino, más bien, la combinación hecha con criterio orgánico, mirando a la unidad del fin económico..”

generales forma flexible, adaptándolas de forma equitativa y prudente en la medida que sean compatibles con la finalidad perseguida por las partes; como por ejemplo ha de suceder con la duración y estabilidad de la prestación como elemento esencial del contrato de gestión naval, que ha de modalizar de manera decisiva las normas que le sean aplicables por analogía del contrato de comisión mercantil que es un contrato por regla general de tracto instantáneo⁷⁴³.

Y por último, me referiré a la cuarta modalidad apuntada, en la que el naviero contrate un área de gestión y posteriormente decida contratar una segunda o tercera área, nos queda por determinar si estaríamos en presencia de, un contrato modificado, porque subsiste la obligación antigua con modificaciones; de un nuevo contrato porque existe una nueva obligación que sustituye y extingue la anterior; o de dos obligaciones con causas distintas que da lugar a dos contratos independientes.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, las cuatro áreas de gestión de la explotación del buque,- técnica, laboral, comercial y aseguradora- funcionan todas ellas como prestaciones principales con autonomía en cuanto a su existencia y todas coadyuvan en pie de igualdad a llevar a cabo la explotación del buque en interés de naviero. Por tanto, el planteamiento de esta última modalidad, no se refiere a que al gestor por vía convencional asuma la obligación de realizar una actividad accesorio o complementaria a la que ya viene desarrollando conforme a lo previsto en el contrato, sino que se trata, que a la prestación principal que venía desempeñando para la explotación del buque se le adicione otra u otras de las prestaciones

⁷⁴³ VICENT CHULIÁ F., *Compendio Critico*..., T. II, cit. p.50-51. El autor considera que a veces se hace necesario en los contratos atípicos *destacar como esencial un elemento no presente en los contratos tipificados en el ordenamiento* que modaliza de manera decisiva las normas de los contratos típicos de cambio y tracto instantáneo que les son aplicables por analogía.

principales que aparecen reseñadas en el contrato de gestión naval del derecho de los formularios.

En principio, durante el ciclo vital en el que se desenvuelve un contrato, es posible que las partes, deseen adaptarlo a nuevas necesidades de índole económica, estructurales o de cualquier otro tipo, realizando cambios o alteraciones que puede tener consecuencias y efectos jurídicos de diferente signo y alcance.

Por tanto, es posible, que lo cambios pueden afectar a alguno de los elementos estructurales de la relación obligatoria variando su objeto, o sus condiciones principales o sustituyendo a alguno de los sujetos. Tales modificaciones se denominan, por nuestra ley novaciones⁷⁴⁴. De forma que cuando una obligación se extingue por el nacimiento de otra, se produce una novación extintiva, y cuando se introducen cambios en una obligación que, aunque modificada continua viviendo, estaríamos en presencia de una novación modificativa o impropia⁷⁴⁵.

Para que tenga lugar un supuesto de novación extintiva se requiere, que la voluntad de los sujetos de la obligación – declarada expresa o tácitamente- no deje lugar a dudas del *animus novandi*,⁷⁴⁶ encaminado a la extinción de

⁷⁴⁴ Vid. ALBADALEJO, M., *Derecho Civil. Derecho de las obligaciones*, T. II, cit. pp. 321-351; DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho...*, Vol., II, cit., pp. 955-966; Ídem, *Sistema de Derecho Civil*, cit. pp. 23 y ss.; LACRUZ BERDEJO J.L./SANCHO REBULLIDA F. /LUNA SERRANO A. /DELGADO ECHEVERRÍA J. / RIVERO HERNÁNDEZ F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil . Derecho de las Obligaciones. Parte General. Teoría General del contrato*, T.II, Vol. 1º, 5ª ed. Dykinson, Madrid 2011, pp. 306 y ss; LASARTE C, *Derecho de las Obligaciones. Principios de Derecho Civil...*, T.II, cit., pp. 168 y ss.; BELTRÁN E/ORDUÑA J/ CAMPUZANO A., *Curso de Derecho Privado*, cit. pp. 155 y ss.; SANCHO REBULLIDA, F., *La novación de las obligaciones*, Nauta, Barcelona 1964.

⁷⁴⁵ ALBADALEJO M., *Derecho Civil. Derecho de las obligaciones...*, T .II, cit. p.333.

⁷⁴⁶ DIEZ-PICAZO L, *Fundamentos de Derecho Civil...*, Vol. II, cit., p.962; HERNÁNDEZ GIL A.,- “El ámbito de la novación objetiva modificativa”, *RDP*, 1961 p.799 .Consideran que el “*animus novandi*” es un elemento esencial de la novación extintiva.

una obligación mediante el nacimiento de otra, o bien, que tales obligaciones sean incompatibles (art. 1204 CCv).⁷⁴⁷

“Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles”

Cuando el ánimo de cambio es evidente, pero no consta la voluntad de que una obligación se extinga y otra nazca, entonces se ha de entender que subsiste la misma obligación, pero *modificada*, lo que daría lugar a la novación impropia o modificativa⁷⁴⁸ prevista en el art 1203 del CCv.

“La obligaciones pueden modificarse: 1º variando su objeto o condiciones principales 2º Sustituyendo la persona del deudor. 3.º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor”.

Así mismo, después de la modificación subsisten todas las circunstancias y excepciones por tratarse de la misma obligación, si bien con respecto a las garantías sería necesario el consentimiento de los interesados para su subsistencia⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ GUTIERREZ SANTIAGO P, “La novación” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R (Coord.) *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Pamplona 2013, pp. 1660-1689.

⁷⁴⁸ Vid. CRISTÓBAL MONTES, “La llamada novación modificativa en el Derecho Civil español”, *RCDI*, 1973, p. 1191; y SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones...*, cit., p.307 Estos dos últimos autores consideran que la novación objetiva no productora de extinción es una modificación objetiva que debe tener su sede conceptual junto a la creación, transmisión y extinción de las obligaciones y que su base legal se halla en el art. 1255 del CCv, ya que, en abstracto, el pacto de modificación no es contrario a las Leyes, a la moral ni al orden público.

⁷⁴⁹ ALBADALEJO M., *Derecho Civil. Derecho de las obligaciones*, T.II, cit., p.336. La situación posterior a la modificación de la obligación... subsisten todas las relaciones accesorias de la obligación, pero, si no prestan consentimiento los interesados, a la modificación no podrá perjudicarles. ...esa es la razón del art. 1851 del CCv, ciertamente la prórroga no implica novación extintiva; más la sola modificación por prórroga extingue la obligación del fiador (en vez de mantenerla en los términos anteriores a la modificación) porque, por la propia naturaleza de la fianza, la sola prórroga implica perjuicio para el fiador... Igualmente hay que entender que cuando la modificación de la obligación tiene lugar por cambio de deudor se extinguen las garantías, salvo que los que dieron éstas presten su consentimiento.

Analicemos ahora, nuestro supuesto hecho, a fin de poder determinar ante qué clase de cambio nos encontramos y sus efectos sobre la modificación o extinción de la relación obligatoria surgida del contrato inicial.

En primer lugar hemos de determinar si se trata de una modificación subjetiva, por cambio de los sujetos de la obligación o bien una modificación objetiva porque afecta al objeto de aquélla⁷⁵⁰. Pues bien, en nuestro caso, es evidente que no estamos ante una modificación de carácter subjetivo, ya que las partes – naviero y *gestor*- permanecen inalterables⁷⁵¹. Lo que se propone es la modificación del objeto mediante la ampliación de nuevas prestaciones a realizar por el *gestor* por lo que en principio estaríamos ante una modificación de carácter objetivo.

La modificación planteada, a nuestro modo de ver, se trata simplemente de un aumento del objeto del contrato⁷⁵², mediante la ampliación de las posibles prestaciones que comprende la explotación del buque, no existe por tanto la sustitución de una prestación inicialmente prevista por otra diferente, todas las prestaciones las antiguas y las nuevas, mantienen su naturaleza consistente en procurar la gestión de los distintos aspectos de la explotación del buque⁷⁵³.

⁷⁵⁰ LASARTE C, *Derecho de las obligaciones. Principios de Derecho Civil...*, T. II, cit., p.169 “*Novación subjetiva es cuando se produce la sustitución del acreedor o del deudo por otra persona diferente... Novación objetiva, puede afectar tanto al propio objeto de la relación obligatoria cuanto a los demás aspectos de la misma que no incidan sobre las personas del acreedor y deudor.* En igual sentido LETE DEL RÍO JM/LETE ACHIRICA J., *Derecho de las Obligaciones*, Vol. I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005 pp. 349 y ss.

⁷⁵¹ ALBADALEJO M., *Derecho Civil. Derecho de las obligaciones...*, T II, cit., p.336.

⁷⁵² ALBADALEJO M., *Derecho Civil. Derecho de las obligaciones...*, T. II, cit., p. 337. La modificación por cambios en los elementos objetivos, tiene lugar, cuando afectando al objeto o las condiciones de la obligación, ni las partes quisieron la extinción de la obligación ni los cambios introducidos son incompatibles con la subsistencia de la misma. La sustitución del objeto por otro diferente totalmente no implica objetivamente novación extintiva, para nuestra Ley.

⁷⁵³ Ver sobre novación modificativa: STS 19 de junio de 1981, sobre ampliación y modificación de obras proyectadas y presupuestas; STS de 24 de julio de 1989, sobre alteración de tarifas inicialmente pactadas SAP de Madrid de 12 de marzo de 1998, estima que existe una novación modificativa objetiva en un contrato de arrendamientos urbanos en el que se produce un cambio de local manteniendo el contenido contractual y que eleva la renta en función de la superficie del nuevo local.

Así mismo, tampoco produce una modificación causal⁷⁵⁴ que altere la función económica-jurídica del sistema de organización de intereses de las partes. El naviero añade una prestación relativa a la gestión de la explotación del buque y el *gestor* la lleva a cabo por ser uno de los servicios comprendidos dentro de su actividad de gestión de buques. Por tanto, la función económica-jurídica del acuerdo convencional no cambia sigue siendo un contrato cuya finalidad es la gestión de la explotación de buques ajenos.

Por otra parte, la ampliación de las prestaciones, no afecta al contenido de la relación obligatoria⁷⁵⁵, ya que de ella no se deriva ninguna sustitución de las reglas de conducta obligatorias que han pactado las partes, es decir, la modificación propuesta no altera al contenido de derechos y deberes que el naviero y el *gestor* ostentan o asumen dentro de su relación. De modo que el *gestor* va a desempeñar las nuevas prestaciones, con la misma lealtad y buenas practicas propias de la gestión de buques, al igual que ya venía realizando con la antigua. Y paralelamente el naviero seguirá abonando la remuneración con el incremento que hayan acordado. Por consiguiente no se alteran los efectos de la relación.

De las observaciones precedentes, deducimos que, al parecer no tienen lugar los efectos que permitirían *-effectum iuris-* calificar la ampliación de las prestaciones del contrato de gestión naval como una novación extintiva⁷⁵⁶.

En el mismo sentido la SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2012; SAP de Valencia de 23 de junio de 1993.

⁷⁵⁴ DIEZ-PICAZO L, *Fundamentos de Derecho Civil...*, Vol. II, cit., p. 956. Para que se produzca una modificación funcional o causal es necesario que el cambio altere la función económico jurídica de la relación obligatoria. Ej. Se concede al depositario un permiso para usar la cosa depositada y el depósito se transforma en comodato.

⁷⁵⁵ DIEZ-PICAZO L, *Fundamentos de Derecho Civil...*, Vol. II, cit., p. 957.

⁷⁵⁶ DIEZ-PICAZO L, *Fundamentos de Derecho Civil...*, Vol. II, cit., p.961, Hay actos o negocios jurídicos que comporta o que pueden comportar un *effectuó iuris novato* cuando una nueva *lex privata* aparece entre las partes. Surge entonces la cuestión de decidir si esta nueva reglamentación como *lex posterior*, sustituye totalmente la anterior.

Para que se produzca la novación extintiva, es necesario que la nueva obligación sustituya totalmente a la anterior, que desaparece.⁷⁵⁷

En nuestro caso, es claro, que el desempeño de las nuevas prestaciones no sustituye a la anterior, sino que las nuevas coexisten con aquélla y todas ellas están encaminadas al mismo fin. Y como efecto consecuente del ejercicio de las nuevas prestaciones se producirá el incremento de la remuneración según convengan de las partes. A nuestro modo ver, tal coexistencia, evidencia que el sistema de organización y reglamentación de intereses previstos en la anterior obligación (por ejemplo, duración del contrato, estabilidad de la prestación, obligaciones de las partes etc.), se aplica también a la nueva obligación, es decir, existe una permanencia de los efectos de la antigua obligación, por consiguiente el sistema anterior de organización pervive y se ha entender que ha sido sólo modificado⁷⁵⁸.

Otro criterio que podemos tomar como referencia es el elemento de la incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación⁷⁵⁹. Tal clase de incompatibilidad significa que las dos obligaciones se encuentren en situación de pugna y antítesis⁷⁶⁰. Así, si la nueva obligación es incompatible con la anterior, de modo que el cumplimiento de una haga imposible el cumplimiento de la otra, estaríamos ante una presunción de novación extintiva⁷⁶¹. Consiguientemente, para que la novación sólo tenga un alcance modificativo y subsista la obligación originaria se requiere que haya compatibilidad entre lo anteriormente pactado y lo anteriormente convenido,

⁷⁵⁷ ALBADALEJO M., *Derecho Civil. Derecho de las obligaciones...*, T. II, cit., p.322 y ss.; HERNÁNDEZ GIL A.,- “El ámbito de la novación objetiva modificativa”, cit., p.798.

⁷⁵⁸ DIEZ-PICAZO L, *Fundamentos de Derecho Civil...*, Vol. II, cit., p. 961.

⁷⁵⁹ SANCHEZ REBULLIDA, *La novación de las obligaciones...*, cit. p.204 y ss.

⁷⁶⁰ HERNÁNDEZ GIL A.,- “El ámbito de la novación objetiva modificativa”, cit., p.806. Subraya que la incompatibilidad ha de darse de un modo absoluto. Dos cosas de todo punto incompatibles son aquellas que, pudiendo existir separadamente, no pueden, sin embargo, coexistir.

⁷⁶¹ *Vid.* SSTs, de 16 febrero de 1983, 22 de octubre de 1990 y 18 de marzo de 1992 y las que en ellas se citan sobre la existencia o no de la incompatibilidad.

facilitando o no estorbando la ejecución de uno el cumplimiento del otro⁷⁶². Pues bien, en nuestro supuesto, hemos verificado que todas las prestaciones antiguas y nuevas son perfectamente compatibles, porque todas ellas abarcan distintos aspectos de la administración del buque y por ello coinciden en la misma causa: la gestión profesionalizada de la explotación del buque, por tanto, estamos en presencia de una compatibilidad caracterizadora de la novación modificativa.

En resumen, si bien, las partes, en aras del principio de autonomía de la libertad, son libres para construir un supuesto de extinción de la obligación anterior, o crear una nueva totalmente distinta en la forma que tengan por conveniente, las observaciones realizadas en las líneas anteriores, nos permiten considerar, que en el supuesto de una ampliación de las prestaciones relativas a los distintas áreas de la explotación del buque, nos encontraríamos ante una novación impropia o meramente modificativa, cuyo efecto se reduce a la simple modificación del vínculo creado, que perdura, aunque modificado, con nuevo contenido, al agregarse las nuevas prestaciones y el correlativo incremento de la remuneración, con pervivencia del sistema de organización y reglamentación de intereses originariamente previsto.

En su consecuencia, por efecto de la modificación objetiva, llevada a cabo mediante la ampliación de las prestaciones relativas a los distintos aspectos de la explotación del buque, nos vamos a poder encontrar, en el mismo contrato modificado, combinadas cualquiera de las áreas de gestión del buque, por consiguiente el régimen jurídico aplicable sería el mismo que hemos propuesto para las modalidades de gestión integral o parcial del buque.

En definitiva, de las afirmaciones precedentes, podemos concluir que, el contrato de gestión naval es un contrato *sui generis*, atípico, y complejo, y

⁷⁶² HERNÁNDEZ GIL A.,- “El ámbito de la novación objetiva modificativa”, cit., p.801.

por tanto su régimen jurídico estará constituido en primer lugar, por lo estipulado entre las partes en el propio texto contractual - las cuales gozan de un amplio margen de libertad cuyo límite es la Ley, la moral y el orden público (arts.1255 y 1091Ccv) -; y en segundo lugar, para los supuestos en los que no exista pacto alguno o lo estipulado sea insuficiente, será necesario recurrir supletoriamente a las normas de los contratos típicos de arrendamiento de servicios, comisión o agencia mercantiles según la modalidad de gestión elegida.

Por lo que se refiere a la aplicación subsidiaria de las disposiciones de los citados contratos se han de tener en cuenta no solo las formas, los elementos de hecho que acompañan a cada una de las funciones de la gestión del buque y que varían de una prestación a otra, sino que, lo fundamental, será indagar la intención que las partes – naviero y gestor- se proponen al elegir cualquiera de las modalidades de gestión, aplicando los criterios de hermenéutica legal. Y a partir de ahí, la aplicación combinada y analógica de las disposiciones correspondientes a los mencionados contratos típicos, de arrendamiento de servicios, comisión y agencia mercantiles, se desprenderá de modo natural, pues dado que el contrato de gestión naval ha de ser considerado como un todo único, sólo valdrán aquellas normas que sean coherentes con su singularidad.

Y en último término habrá de acudir a los principios generales de las obligaciones y contratos, a la costumbre del lugar y a los Principios Generales del Derecho, si bien como se trata de un contrato mercantil son igualmente de aplicación los usos del comercio con la prioridad que les concede los arts. 2 y 50 del Código de Comercio.

CONCLUSIONES

I.- La crisis que sufrió el sector de la navegación en la década de los 80 supuso el desarrollo de las empresas de gestión de buques, tal y como hoy las conocemos, porque muchas empresas navieras quedaron en manos de propietarios ajenos al negocio naviero, que se vieron en la necesidad de contratar los servicios de empresas especializadas en la gestión y explotación comercial de buques ajenos, dando lugar a la necesidad de desarrollar los contratos de gestión de buques o *ship management agreements*.

II.- La importancia de la figura contractual objeto de estudio, ha sido reconocida por la Comisión Europea al considerar que las compañías de gestión naviera, por su especialización y la índole de su actividad, pueden contribuir de manera importante, al logro de “*un transporte marítimo eficaz, seguro, y no dañino para el medio ambiente*” y también la consolidación del sector marítimo establecido en los Estados del EEE.

III.- El contrato de gestión naval, en el momento actual, se encuentra desprovisto de una normativa específica, pero posee tipicidad social al regularse contractualmente mediante formularios internacionales ampliamente difundidos. En particular se ha tomado como referencia el formulario elaborado por BIMCO, el Standard Ship Management Agreement (SHIPMAN).

IV.- Mediante el contrato de gestión naval, el *gestor* pone a disposición del naviero sus servicios profesionales, que comprenden un conocimiento técnico especializado, un equipo cualificado, con una experiencia demostrada en el sector de la gestión naviera. Por su parte el naviero, contrata tales servicios, porque pretende obtener una mejora en la eficiencia y rendimiento del buque, lo que le va a proporcionar distintas ventajas estratégicas que le ayudan a obtener una mayor competitividad en su explotación.

V.- Se trata de un contrato celebrado entre empresarios independientes, - que suelen ser sociedades mercantiles-, sin relación de subordinación, pues ambos asumen riesgos empresariales distintos y propios de la actividad desempeñada y se relacionan en pie de igualdad, porque poseen una dimensión económica semejante, que los sitúa en una posición simétrica a la hora de pactar el clausulado del contrato.

VI.- Las dos conclusiones precedentes determinan que desde criterios tanto subjetivos como objetivos de mercantilidad, nos encontramos en presencia de un contrato mercantil, que genera relaciones entre dos empresarios -*gestor* y naviero- que actúan dentro de su tráfico empresarial el primero como prestador de servicios marítimos de gestión y el segundo como beneficiario de los mismos para la explotación del buque.

VII.- La prestación debida por el *gestor* consiste en gestionar la explotación del buque. Esta prestación engloba cuatro áreas de gestión: técnica/náutica, laboral, comercial y aseguradora y todas ellas son funcionalmente autónomas. La singularidad de este contrato reside en que el naviero puede contratar al *gestor* la prestación de una gestión integral, en la que estarían incluidas todas las áreas, o una gestión parcial que comprende alguna o algunas de ellas combinadas en la forma que estimen oportuna.

VIII.- El *gestor* ha de actuar en nombre y por cuenta del naviero, realizando las funciones encomendadas según su criterio profesional, teniendo como límite los parámetros de la diligencia profesional y anteponiendo siempre los intereses del naviero a los suyos propios. La diligencia y competencia profesional ha de ser la pauta de conducta que debe informar toda la actividad realizada por el *gestor*.

IX.- La actividad realizada por el *gestor* posee un carácter estable impuesto por el propio objeto del contrato, de tal forma que existe una proporcionalidad directa entre la duración del contrato y la actividad encomendada. Así, el *gestor* cuando se ocupa de gestionar la explotación del buque ha de llevar a cabo la función técnica/náutica, laboral, comercial y aseguradora conforme a las necesidades de la navegación, cuidando de que el buque no pierda su navegabilidad durante toda la duración del contrato de modo que sea posible el tráfico marítimo comercial. Es evidente que estos servicios no pueden ser realizados de forma instantánea e inmediata sino que requieren que la actividad del *gestor* se prolongue en el tiempo.

X.- El contrato de gestión naval se encuadra entre los de duración y más concretamente, de duración indefinida con fijación de un plazo inicial mínimo de duración establecido de mutuo acuerdo por las partes. Se trata de un contrato de tracto sucesivo, toda vez que la actividad del gestor se concreta necesariamente en la prestación de reiterados servicios de forma continuada, relacionados con las diversas funciones técnica/náutica, laboral, comercial o aseguradora, para llevar a cabo su obligación de gestionar la explotación del buque.

XI.- La onerosidad es un elemento esencial del contrato de gestión naval. El importe de los honorarios del *gestor* se fija de mutuo acuerdo por un periodo anual, por una cantidad global conforme a criterios de práctica habitual en el sector de gestión de buques, y se abonan por meses anticipados, previéndose su revisión anual.

XII.- En el contrato de gestión naval la confianza del naviero está basada esencialmente en las cualidades estructurales de organización del gestor tales como: certificados de calidad emitidos por las Autoridades Marítimas, personal cualificado y experimentado, base de buques

gestionados, estrategia del negocio marítimo, estabilidad financiera, buena reputación en el mercado. Por ello la influencia del factor personal o *intuitu personae*, si bien, sigue siendo un criterio a valorar, ha cedido terreno a una valoración *intuitu instrumenti* de la empresa de gestora.

XIII.- La figura del *gestor* del contrato de gestión naval, no se corresponde con la del naviero-gestor regulado en nuestro Código de Comercio. Esencialmente porque a diferencia de éste, el *gestor* no puede ostentar la cualidad de naviero. La representación del gestor es voluntaria mientras la de naviero-gestor es necesaria, además su actuación no tiene carácter exclusivo y se limita únicamente a las facultades expresamente otorgadas en el pacto contractual, mientras que la del naviero-gestor, resulta más amplia y general y sus facultades, en defecto de acuerdo están delimitadas legalmente, al igual que ocurre con el poder de representación que ha de tener un contenido mínimo inderogable.

Tampoco la figura de *gestor* es equiparable al del apoderado general o factor, fundamentalmente porque la relación que vincula a éste con el empresario es una relación de dependencia y subordinación, al contrario que la relación el *gestor* con el naviero que se caracteriza por su independencia al constituirse como una organización empresarial autónoma.

XIV.- El contrato de gestión naval tiene una estructura cercana al arrendamiento de servicios, porque el área de gestión técnica/náutica y operativa del buque, es una de las razones principales por las que el naviero recurre a esta figura contractual. Así las cosas las prestaciones que realiza están próximas al contrato de arrendamiento mercantil de servicios en base a las siguientes consideraciones:

1.- El *gestor* se obliga a la prestación de servicios relativos a la gestión operativa del buque poniendo los medios para que ésta se realice bajo estándares de seguridad y navegabilidad propios de una gestión profesionalizada. Cuando el *gestor* tiene encomendada la gestión técnica, asume unas obligaciones de medios, porque lo esencial es *el obrar*. Por ello la retribución del *gestor* no está condicionada a la obtención de un concreto resultado, porque su objeto es la realización de una actividad consistente la explotación del buque, que se determinan mediante pacto contractual.

2.- El criterio del buen hacer o *lex artis* propio del contrato de servicios profesionales se refleja en la actividad de los servicios técnico-náuticos.

3.- La independencia prestacional o la discrecionalidad del prestador como rasgo característico del contrato de servicios también está presente en el contrato de gestión naval.

XV. La gestión de la dotación puede asimilarse al contrato de comisión, si bien, éste presenta diferencias significativas relativas, al distinto contenido y forma de realizar la actividad, al poder de representación, la revocación, la denuncia del contrato o el devengo de la retribución, por ello, resulta difícil asimilar íntegramente el contrato de gestión naval al esquema típico de la comisión.

XVI.- El desarrollo de la gestión comercial del buque presenta semejanzas con la actividad de promoción típica del contrato de agencia. Así, cuando aquélla comprende: “buscar”, negociar y concluir, contratos para el empleo del buque, significa que el *gestor* ha de conseguir contratos para la explotación comercial del buque, ello lógicamente se traducirá en la promoción y capacidad de explotación del buque, por tanto ha de entenderse que estamos ante una actividad de promoción de similares características a la

prevista en el contrato de agencia. En las otras tres áreas de gestión: técnica/náutica, laboral y aseguradora no existe relación de agencia, pues la actividad que realiza el gestor no comprende la promoción de actos u operaciones de comercio para el naviero.

XVII.- La gestión aseguradora del buque, se corresponde con un asesoramiento integral dirigido a la identificación, análisis y evaluación de los riesgos a que está sometido el buque en el desarrollo global de su actividad de navegación, similar a una gerencia de riesgos. El gestor puede desempeñar la gestión aseguradora bajo dos modalidades, bien como co-asegurado con el naviero, o bien de forma independiente.

Cuando el *gestor* forma parte del contrato de seguro conjuntamente con el naviero como co-asegurado su actuación no puede calificarse como una actividad de mediación de seguros en sentido propio. Sin embargo cuando la actividad de gestión de los seguros del buque la realiza el gestor de forma independiente, sin ser co-asegurado en los seguros del naviero, debería ser desempeñada a través de un mediador de seguros conforme a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados, que por su asesoramiento independiente y profesionalizado, cabría identificar al gestor con un corredor o sociedad de correduría de seguros experta en seguros marítimos, que a su vez será filial o perteneciente al grupo de la empresa de gestión naval o estarán vinculadas mediante acuerdos de colaboración.

XVIII.- El contrato de gestión naval, tiene una única causa consistente en: la prestación de servicios marítimos especializados para gestionar la explotación del buque, que como hemos examinado, comprende múltiples funciones identificadas dentro de la misma causa y todas ellas encaminadas a perseguir la finalidad práctica querida por las partes, es decir, la gestión de la explotación del buque a cambio de una remuneración. Por consiguiente hemos

de concluir que el contrato de gestión naval es un contrato unitario de contenido complejo y variable.

XIX.- La estructura contractual del contrato de gestión naval, se caracteriza por la variabilidad de su contenido y por su gran flexibilidad que le permite desenvolver la misma relación negocial bajo distintas modalidades en función de los servicios demandados por el naviero. La articulación de las diversas funciones que puede prestar el gestor se asimilan, con desigual alcance, a las distintas figuras jurídicas que hemos analizado, lo que, impide atribuir unos efectos comunes y generales a todas las posibles variantes del contrato.

En definitiva el contrato de gestión naval es una consecuencia de la autonomía privada, que ha permitido al naviero y al *gestor*, acceder a un tipo distinto de los previstos en la Ley, para cubrir su necesidad de gestionar los distintos aspectos de la explotación del buque, utilizando elementos de los contratos de arrendamiento de servicios, comisión y agencia mercantiles, los cuales fusiona y une de modo instrumental para ponerlos al servicio de un fin más amplio y diverso, como es : *la gestión de la explotación del buque*, en la que se integran las diversas prestaciones – técnica/náutica, laboral, comercial y aseguradora-, las cuales pueden aparecer todas, una sola, o combinadas entre ellas en el pacto contractual. Así las cosas, la calificación que, a nuestro modo de ver, se adecua de forma más completa y coherente al devenir del *contrato de gestión naval*, teniendo en cuenta su unicidad causal y la pluralidad de elementos, presentes y tomados de los citados contratos típicos, es la de *contrato complejo*.

También es factible aplicarle el calificativo “sui generis” en el sentido de un contrato gobernado por sus específicas estipulaciones, que posee una

singularidad propia, independiente de otros contratos, en cuanto, posee una causa específica, que es diversa de la causa de los demás contratos.

XX.- A la hora de determinar la integración del régimen jurídico aplicable proponemos la teoría de la combinación y la de la aplicación analógica, por ser las que mejor se adaptan para solucionar las necesidades de regulación del contrato de gestión naval, en el que las diferentes prestaciones – funciones técnica, laboral, comercial, y aseguradora- cooperan con la misma intensidad a la obtención de un resultado unitario: la gestión de la explotación del buque.

Por lo que se refiere a las modalidades, de gestión integral o parcial, en las que nos podemos encontrar con una combinación de prestaciones asimilables a los contratos de arrendamiento de servicios, de la comisión o de la agencia mercantiles, proponemos la aplicación también combinada de los regímenes de dichos contratos. En cuanto a la modalidad, en la que el naviero opte por encomendar al *gestor* cualquiera de las áreas de gestión de forma independiente, proponemos aplicar por analogía el tipo contractual más afín de acuerdo con la opción elegida.

En cualquiera de las modalidades, la aplicación de los regímenes de los contratos típicos ha de realizarse de modo flexible, adaptándolos de forma equitativa y prudente en la medida que sean compatibles con la finalidad perseguida por las partes.

XXI.- En definitiva, podemos concluir que, el contrato de gestión naval es un contrato *sui generis*, atípico, y complejo y, por tanto, su régimen jurídico estará constituido en primer lugar, por lo estipulado entre las partes en el propio texto contractual y, en segundo lugar, para los supuestos en los que no exista pacto alguno o lo estipulado sea insuficiente, será necesario recurrir supletoriamente a las normas de los contratos típicos de arrendamiento

de servicios, comisión o agencia mercantiles según la modalidad de gestión elegida, aplicando sus disposiciones de forma que sean coherentes con la unidad y singularidad del contrato de gestión naval.

BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO GARCÍA, M, *Derecho civil. Derecho de las obligaciones* T.II, 14ª ed. Edisofer, Madrid. 2011.

ALBIEZ DOHRMANN K. J , “ Comentario a la sentencia de 30 de noviembre de 2010, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero-abril 2012.

ALCÁNTARA GONZÁLEZ, J.Mª,

-“La responsabilidad marítima ante el nuevo siglo: Del principio de la libertad contractual al de la seguridad marítima” *RDM*, enero 1999.

-“El Código ISM y sus implicaciones en el Derecho Privado ” *Revista de Ingeniería Naval*, año LXVII, núm. 761.

ALONSO ESPINOSA, F.J., “Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil” en monográfico contratos de gestión, Cuadernos de Derecho Judicial, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995.

ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA, ECHEVARRÍA SÁENZ, VELASCO SAN PEDRO y VIERA GONZÁLEZ, (Dir), *Los contratos de distribución*, ed., La Ley, Madrid, 2010.

ALONSO SOTO, R., “Distribución comercial y competencia”, en *Estudios homenaje al profesor J.M. Muñoz Planas*, Thomson-Aranzadi 2011.

ALONSO SOTO, R. y SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Los contratos de colaboración” en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, Dir MENÉNDEZ A/ROJO A, Vol. II 11ª ed. Civitas -Thomson, Navarra 2013.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El mandato y la comisión mercantil*, Comares, Granada, 1997.

ANGULO RODRÍGUEZ, L.,

-“Colaboradores del empresario y otros contratos de Colaboración” en AA. VV.: *Derecho Mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ Guillermo, Coord., Vol. II, 14ª ed. Marcial Pons, Barcelona 2010.

-“El contrato de comisión” y

-”Otros contratos de colaboración”, en AA.VV.: *Derecho Mercantil. Contratación Mercantil*, Vol. 5º, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo y DÍAZ MORENO, Alberto (Coords) 15ª ed. Marcial Pons, Madrid 2013.

ARROYO MARTINEZ, I.

-*Compendio de Derecho Marítimo*, 4ª ed. Tecnos, Madrid 2012

-Curso de Derecho Marítimo, 2ª ed., Civitas, 2005.

- “Personal colaborador del empresario de la navegación”, en MENÉNDEZ A/ROJO A (Dir), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, 11ª ed. Civitas Thomson, Navarra 2013.
- “Los seguros marítimo y aéreo, el préstamo a la gruesa, averías, accidentes Marítimos y contaminación”, en MENÉNDEZ A/ROJO A (Dir), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, 11ª ed. Civitas Thomson, Navarra 2013.
- Voz “NAVIERO”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995.
- “Algunas reflexiones sobre el seguro marítimo español”, *ADM*, Vol. V, 1988.
- “Derecho Marítimo ” Anuario de Derecho Marítimo, Vol. I, 1981.

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1987.

BALDI, R., “” *El derecho de la distribución comercial en la Europa Comunitaria*”. Traducción de Luis Azzadi y J. Leal, EDESA, Madrid, 1988.

BATALLER GRAU, J.

- “La incesante reforma del Derecho del Seguro: ¿Último acto?”, y
- “La ley de ¿Mediación De seguros y reaseguros privados su ámbito de aplicación” ; “El estatuto Jurídico del Mediador de Seguros”, En CUÑA EDO, V., y BATALLER GRAU, J.,(Dir) *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, ed. ,Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.
- “La aplicación de la Ley del contrato de seguro al seguro marítimo”, en GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L. (Dir), *Estudios de Derecho Marítimo*, ed., Aranzadi, Pamplona 2012.

BATALLER GRAU, J. y SEGUÍ-MAS, E., “La distribución como factor determinante en la protección del asegurado” en AA.VV.: *Estudios sobre mediación de seguros privados*, Dirigido por QUINTÁNS EIRAS Mª R., ed. Thomson Aranzadi, Pamplona 2013.

BELTRÁN, E., ORDUÑA, J., CAMPUZANO, A.B, *Curso de Derecho Privado*, 15ª ed. Tiran lo Blanch, Valencia 2012.

BÉRCOVITZ ÁLVAREZ, R., “Contrato de Agencia”, en BÉRCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto, CALDAZA CONDE, M.A., (Dir), *Contratos Mercantiles*, ed. Aranzadi, Navarra 2001.

BOTANA AGRA, M., “El contrato de agencia en el Derecho español”, *D.N.* núm. 30, 1993.

BOWSTEAD & REYNOLDS, “On Agency”, 19ª ed., Sweet & Maxwell, UK 2010.

BRANCH ALAN E,

-*Elements of shipping*, 8ª ed., Taylor & Francis 2007, U.K.

-*Economics of shipping Practice and Management*, Ed. Chapman & Hall, London 1996.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.

-*Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, 20ª ed. Tecnos, Madrid 2013.

-*Manual de derecho Mercantil* Vol. II, 20ª Ed., Tecnos Madrid 2013.

BUSTO LAGO, J. M., “Contratos de prestación de servicios y realización de obras” en Tratado de contratos, BÉRCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, T. III, ed Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las obligaciones de actividad y de resultado” Bosch Barcelona 1993.

CARRASCO PEREA, A, *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, Dir por M. ALBALADEJO, T. XV, Vol. 1º, Revista de Derecho Privado, Madrid 1989, art. 1.104

CASTAN TOBEÑAS, J. y FERRANDIS VILELLA, J. *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. IV, 15ª ed. Reus 1995, (cit *Derecho Civil*, T.IV).

CASTAN VÁZQUEZ, J. Mª., “El favor debitoris” en el Derecho español”, *ADC* 1961.

CASTRO LUCINI, F., “Los negocios jurídicos atípicos”, en Revista de Derecho Notarial, julio-diciembre 1974.

CLAVERO TERNERO, M., “*Clubs de P&I*”, Instituto Europeo de Estudios Marítimos (EEM), Madrid, 1992.

CRISTÓBAL MONTES, “La llamada novación modificativa en el Derecho Civil español”, *RCDI*, 1973.

CUÑAT EDO, V., “Las líneas rectoras de la Reforma” en CUÑAT EDO, V., y BATALLER GRAU, J., (Dir) *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

CHULIÁ VICENT, E. y BELTRÁN ALANDETE, T., *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*, 4ª ed. Bosch, Barcelona 1999.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. y ZORRILLA RUIZ, M.Mª, “La frustración del contrato. Obligaciones de medios y de resultado” *ADC*1985.

DE ANGULO RODRIGUEZ, L. y CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Los auxiliares del empresario y la representación mercantil” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo y DÍAZ MORENO Alberto (Coord.) *Derecho Mercantil I*, Vol. 1º, 15ª Marcial Pons, Madrid 2013.

DE CARLOS BELTRÁN, J.M., “El outsourcing como técnica de gestión alternativa y su regulación contractual” *Derecho de los negocios*, nº 91 abril 1998.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, ed. Civitas Madrid 1985, reimp.1991.

DE LA CUESTA RUTE, J. Mª y VALPUESTA GASTAMINZA E., “Marco General de la contratación mercantil”, en AA.VV: *Contratos Mercantiles*, TI, DE LA CUESTA RUTE J. Mª (Dir.), ed. Bosch, Barcelona 2001.

DÍAZ ECHEGARAY J.L., “El Contrato de Distribución Exclusiva o de Concesión”, en AA.VV.: *Contratos mercantiles*, Dirs, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ.-CANO A y CALZADA CONDE, M. A., ed. Aranzadi, Navarra 2001.

DÍAZ LLAVOTA, C., “Los operadores de banca seguros en España”, *RES*, nº 148, 2011.

DÍAZ DE LA ROSA, A., *Los contratos de gestión de tripulaciones de buques. Crew Management Agreements*, ed. La Ley, Madrid 2011.

DÍEZ PICAZO L.,

-*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Introducción Teoría del contrato*, Vol. 1, 6ª Thomson-Civitas, Navarra, 2007 pp. 487-493; (cit. *Fundamentos del Derecho Civil* Vol. 1).

-*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, Vol. II, 6º ed. Thomson-Civitas, Navarra 2008 (cit. *Fundamentos del Derecho Civil* Vol. II).

-*La representación en el Derecho Privado*, ed. Civitas, Madrid 1979.

- *Comentario del Código Civil*, Dir por C PAZ-ARES/BÉRCOVITZ/ DIEZ-PICAZO/ SALVADOR. T II, 2ª ed. Ministerio de Justicia.

Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid 1993, art.1888.

-“Las variaciones en el contrato de obra y en las obras contratadas” libro homenaje al profesor José Beltrán Heredia y Castaño, Ediciones de la Universidad de Salamanca 1984.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, El contrato en General. La relación obligatoria*, Vol. II, Tomo I, 10ª ed. Tecnos Madrid 2012 (cit. *Sistema de Derecho Civil*).

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.,

-“Naviero y condominio Naval; El Gestor Naval”, en AA.VV.: *Jornadas sobre la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de Navegación Marítima*, Coord. ARROYO MARTÍNEZ I, ed. Thomson/Civitas, 2006.

-“La introducción en España del Convenio de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho marítimo” *RDM*, nº 125, 1995.

-“Notas sobre la publicidad del naviero” *RDM* 1970.

ECHEBARRÍA SÁEZ, J.A., “Problemas de Política Jurídica y de Técnica Jurídica en la regulación de los contratos de distribución” *RCD*, nº 10,2012.

ESPINO RODRIGUEZ, T.F., “El *outsourcing* y su influencia en los objetivos de la estrategia de operaciones. Una aplicación empírica”, en *Cuadernos de Gestión*, Vol. 3, nº 1 y nº 2 (año 2003).

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y TORRES PÉREZ, F.J., “P&I clubs: Organización interna y posición jurídica de los socios”, en GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L. (Dir), *Estudios de Derecho Marítimo*, ed., Aranzadi, Pamplona 2012.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., Voz, “Contrato de agencia”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, TI, ed. Civitas, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ NOVOA, C., ”Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos”. *RDM*, núm. 95, 1965.

FERNÁNDEZ RUIZ, J.L. y MARTÍN REYES MªA., *Fundamentos de Derecho Mercantil*, T.II, 3º ed., Rev. Edersa, Madrid 2001.

FREIRE SEOANE, Mª J, y GONZÁLEZ LAXE, F., *Economía del transporte marítimo*, ed., Netbiblo, Coruña 2003.

FUBINI, R., “Contribución al estudio de los contratos complejos” *Revista de Derecho Privado*, T. XVIII, Enero-diciembre 1931.

GABALDON GARCÍA, J.L.

-*Curso de Derecho Marítimo Internacional. Derecho Marítimo Internacional público y privado y contratos marítimos internacionales.* ed. Marcial Pons, Madrid 2012; (cit., *Curso de Derecho Marítimo Internacional*).

-“Protección del medio ambiente y evolución del Derecho Marítimo” *ADM*, Vol., XV 1998.

GABALDON GARCÍA, J.L., y RUIZ SOROA J.M^a, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, 3^a ed., Marcial Pons, Madrid, Barcelona 2006.

GARCÍA LUENGO, R., “El contrato de comisión “, en AA.VV.: *Contratos mercantiles*, Dirs, BÉRGOVITZ RODRÍGUEZ.-CANO A. y CALZADA CONDE, M. A., ed. Aranzadi, Navarra 2001.

GARCÍA AMIGO, M., *Teoría general de las obligaciones y contratos, Lecciones de Derecho Civil*, II, ed. McGraw-Hill, Madrid 1995, (cit. *Lecciones de Derecho Civil II*).

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.

-*Derecho Mercantil de Obligaciones. Contratos Comerciales.* ed. Andavira Editora SL, Santiago de Compostela 2011, (cit. *Derecho Mercantil de Obligaciones*).

-*El Reaseguro Marítimo entre el Derecho –español y el “Common Law”*, ed. Aranzadi Navarra 2011.

- *Riesgos e intereses del Naviero y Cobertura Asegurativa (Del Código de comercio, a la Reforma del Derecho de la Navegación Marítima)*, Aranzadi, Navarra 2009.

-*Arrendamientos de buques y Derecho Marítimo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, (cit. *Arrendamientos de buques*).

- *Derecho Mercantil de Obligaciones. Parte General.* ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, Madrid 2003.

- *Introducción al derecho de los Títulos-Valores y de las obligaciones mercantiles* T II ed. Tórculo Edicións, 2002 cit. *Introducción al derecho*).

- *El naviero, su régimen y su responsabilidad* en *La Reforma de la Legislación Marítima*, Ed. Aranzadi, Navarra 1999.

- *La Limitación de la responsabilidad civil del naviero*, Gobierno Vasco, Vitoria, 1996.

- “Autonomía Privada y Libertad contractual en la contratación mercantil” en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*.

Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado., ed. Librería La Jurídica SL 1ª ed. 2013. T II.

.- “El régimen del seguro marítimo en la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de navegación Marítima”, *RES*, nº 125, 2006.

- “Vigencia de los Convenios Internacionales sobre limitación de la responsabilidad civil de los navieros y propietarios de buques, coexistencia de sus disposiciones con el régimen del Código de Comercio” Cuadernos de Derecho Pesquero nº 1, A Coruña 2000.

-“La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista” en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, T. III, ed. Civitas 1996 (cit. La mercantilidad del contrato de comisión).

-“El contrato mercantil de Servicios” Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº1, A Coruña, 1977.

GARCÍA VILLAVERDE, R., “Tipicidad contractual y contratos de financiación”, en AA.VV.: *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el Mercado Financiero*, coordinado por ALBERTO ALONSO UREBA, BERNARDO BORNADEL LENZANO Y RAFAEL GARCÍA VILLAVERDE, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

GARRIDO, J.Mª, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Civitas, Madrid 1995.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.

-*Tratado de Derecho Mercantil*, T.III, Vol. I: *Obligaciones y contratos mercantiles*, Ed. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1964, (cit. Tratado).

-*Curso De Derecho Mercantil*, T.II, 7º ed., Imprenta Aguirre, Madrid 1980 (cit. Curso T. II).

-“Los agentes comerciales”, R.D.M. núm. 83, 1962.

GIRGADO PERANDONES, P., “Obligaciones de información del mediador de seguros” AA.VV.: *Estudios sobre la Mediación de Seguros Privados*, dirigido por QUINTÁNS EIRAS Mª R. ed., Thomson-Aranzadi. Pamplona 2013.

GIRÓN TENA, J, *El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico*, Bilbao, 1959.

GÓMEZ CALERO, J, “*El contrato Mercantil: Nociones Generales*”, en AA.VV “*Derecho Mercantil*”, Vol. II, 7ª, ed. Ariel, Barcelona 2002.

GÓMEZ SEGADE, J.A.

- “En torno al concepto de know-how” en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, T.II, Tecnos, Madrid, 1971.
- “La extinción del contrato de agencia” en *Ciencias Humanas y Sociedad*, Madrid 1993.

GONZÁLEZ LEBRERO, R.

- Curso de Derecho de la Navegación*, Ed. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria. Gasteiz. 1998,
- El Agente consignatario de buques en España*” edit. Bosch Barcelona 1989.

GORTON, HILLENIOUS, IHRE y SANDEVARN, *Shipbroking and chartering practice*, 7ª ed., Informa, London 2009.

GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Análisis comparativo entre los acuerdos-tipo SHIPMAN, para la gestión de buques, CREWMAN, para la gestión de la tripulación”, *ADM*, Vol. XV, 1998 (cit. Análisis comparativo entre los acuerdos SHIPMAN).

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “La novación” en BÉRCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R (Coord.) *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, Pamplona 2013.

HERNÁNDEZ GIL, A., “El ámbito de la novación objetiva modificativa”, *RDP*, 1961.

HERNÁNDEZ MARTÍ, J, “Contrato de seguro Marítimo: La póliza de buques, Valencia, Unión Levantina ,1982.

HILL PRADOS, Mª C., *Los Clubs de Protección e Indemnización en el campo del seguro marítimo*, ed. Bosch Barcelona 1992.

HILTON, Chris, “The “SHIPMAN” Ship Management Agreement, analysed and compared with the “CREWMAN” Crew Management Agreement” Conferencia publicada por Asociación de Navieros Vascos – ANAVAS-Bilbao 1994 (cit. The Shipman Management Agreement).

IGLESIAS BANIOLA, S., “La definición de piratería en la mar en el derecho internacional y los problemas que plantea su aplicación.” en GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L (Dir.), *Estudios de Derecho Marítimo*, ed., Aranzadi, Pamplona 2012.

IGLESIAS BANIOLA, S. y VINAGRE RÍOS, J.

- “Piracy in Somalia: A Challenge to The International Community”, *The Journal Of Navigation*. 65-4, Cambridge University Press, 2012.
- “Maritime Safety Standards And the Seriousness of Shipping Accidents” *The Journal of Navigation*, 64-3 Cambridge, University Press, 2011.

IGLESIAS BANIOLA, S. y GARCIA FERNANDEZ, J.M., “El Código Internacional de Gestión de Seguridad (Código IGS) Comentarios Acerca de problemas que plantea su implantación”, Revista del Instituto de Navegación de España. 10, Cetemar, Barcelona 2000.

IGLESIAS PRADA, J.L., y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Los órganos sociales de las sociedades de Capital” en *Lecciones de Derecho Mercantil*, AURELIO MENÉNDEZ/ÁNGEL ROJO directores Vol. I, 9ª ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona 2011.

ILLESCAS R y MADRID, A., “Producción de seguros privados: La figura del mediador y el régimen de competencia mercantil” RES, nº 5.

INSERN SALVAT Mª R., “La intervención de los mediadores en los seguros privados” en AA.VV.: *Estudios sobre la Mediación de Seguros Privados*, dirigido por QUINTÁNS EIRAS Mª R. ed., Thomson-Aranzadi. Pamplona 2013.

JORDANO BAREA, J.B.

- “Los contratos atípicos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T.195, 1953.
- “Contratos mixtos y unión de contratos “en A.D.C., T.IV, 1951.

JORDANO FRAGA, F.,

- La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid 1987.
- “Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)” A.D.C, T. XLIV, 1991 (cit. “Obligaciones de medios “).

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (Coord.)

- Derecho Mercantil I*, Vol. 1º, 14ª Marcial Pons, Barcelona 2010.
- Derecho Mercantil I*, Vol. 2º, 14ª Marcial Pons, Barcelona 2010.
- Derecho Mercantil II*, 14ª Marcial Pons, Barcelona 2010.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO A. (Coords.)

- Lecciones de Derecho Mercantil*, 16ª ed. Tecnos, Madrid. 2013.
- Derecho Mercantil* Vol. 1º 15ª Marcial Pons, Madrid 2013.
- Derecho Mercantil* Vol. 5º 15ª Marcial Pons, Madrid 2013.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., “Aproximación al tema del concepto de derecho Mercantil” en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, ed., Civitas 1978 (cit. *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*).

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN K. J , “ Comentario a la sentencia de 30 de noviembre de 2010, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero-abril 2012.

LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA F., LUNA SERRANO A., DELGADO ECHEVERRÍA J., RIVERO HERNÁNDEZ F., RAMS ALBESA, J.

-*Elementos de Derecho Civil. Derecho de las Obligaciones. Parte General. Teoría General del contrato*, T.II, Vol. 1º, 5ª ed. Dykinson, Madrid 2011, (cit. *Elementos de Derecho Civil T.II*, Vol. 1º).

-*Elementos de Derecho Civil. Derecho de las Obligaciones. Contratos y cuasi contratos* T.II, Vol. 2º, 5ª ed. Dykinson, Madrid 2009 (cit. *Elementos de Derecho Civil*, T.II, Vol. 2º).

LANGLE RUBIO, E., *Manual de Derecho Mercantil español*, T.III, *Obligaciones comerciales. Doctrina General de las obligaciones mercantiles y de sus fuentes, especialmente del contrato. Contratos de comercio en particular*. Ed. Bosch, Barcelona, 1959 (cit *Manual*, T.III).

LASARTE ÁLVAREZ, C.

-*Derecho de las obligaciones. Principios de Derecho Civil.*, Tomo II 17ª ed. Marcial Pons Madrid. 2013.

-*Principios de Derecho Civil. Contratos*, T.III. 15ª ed. Marcial Pons Madrid 2013.

LARRUMBE LARA, “Problemas prácticos en la aplicación de la ley sobre contrato de agencia”, en cuadernos de Derecho Judicial, monográfico sobre Contrato de agencia, distribución y franquicia, ed. C.G.P.J., Madrid 2007.

LATORRE CHINER, N., “Los deberes de información y asesoramiento del mediador de seguros” en CUÑA EDO, V., y BATALLER GRAU, J., (Dir.) *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

LEÓN ALONSO, J.R., *Comentario al Código Civil*, Dir., C PAZ-ARES/R. BÉRCOVITZ/L DIEZ PICAZO/P. SALVADOR, T II Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica. Centro de Publicaciones Madrid, 1993, 2ª edición, sub. Art. 1721-1722.

LETE DEL RÍO, JM y LETE ACHIRICA, J., *Derecho de las Obligaciones*, Vol. I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

LOJENDIO OSBORNE, I. y CRUZ RIVERO, D. “La administración de la sociedad” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G (Coord.), *Derecho Mercantil I*, Vol. 2º, 14ª Marcial Pons , Barcelona 2010.

LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos*, ed. Bosch, Barcelona 1994.

LÓPEZ RUEDA, F.C., “De los contratos auxiliares de la Navegación (Título V de los contratos auxiliares de la navegación)” en *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de Navegación Marítima*, EMPARANZA SOBEJANO A., y MARTÍN OSANTE J.M.,(Coord.) ed., Gobierno Vasco, Vitoria, 2006, (cit. De los contratos auxiliares de la Navegación).

LUCAS FERNÁNDEZ, F *Comentarios al Código Civil*, T. II, PAZ-ARES RODRIGUEZ, DIEZ-PICAZO, BÉRCOVITZ R, SALVADOR CORDERCH (Dir.) ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1991.

LLOBREGAT HURTADO ML, *El contrato de agencia mercantil*, ed. Bosch, Barcelona 1994.

MATILLA ALEGRE RAFAEL.

-*El naviero y sus auxiliares el buque* ed. Bosch 1995.

-*Contratos de utilización del buque. Lecciones*, Bosch Barcelona, mayo 1988.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ Mª I., *Los contratos de explotación del buque. Especial referencia al fletamento por tiempo*, Barcelona, Bosch 1991.

MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*. Civitas, Madrid., 1998 (cit. *La indemnización por clientela*).

MARTI SÁNCHEZ, N.,

-“El contrato de Agencia” Monográfico contratos de gestión, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial 1995.

-“Los corredores de seguros en el derecho positivo español” *RES*, nº 84,1995.

MARTÍN OSENTE, J.M., “Experiencias en la aplicación de la Ley de contrato de seguro al seguro marítimo y posibles modificaciones” *RES*, 123-124, 2006.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A,

-“Naturaleza jurídica del contrato de construcción de buques”, *RDM* 1975.

-“Auxiliares del Empresario” en *R.D.M.* 1959, Vol. XXVII,

-“El Derecho Mercantil del siglo XXI” en *la Ley*, núm. 2646 de 26 de diciembre de 1990.

MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dirs)

-*Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 11ª ed. Thomson-Civitas, Navarra 2013.

-*Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, 11ª ed. Thomson-Civitas, Navarra 2013.

MITROUSSI KYRIAKI

-“Third party ship management: the case of separation of ownership and management in the shipping context”, *Maritime Policy & Management*, Vol. 30 nº 1 (cit. Third party ship management).

-“The ship owners’ stance on third party ship management: an empirical study”, *Maritime Policy & Management*, Vol. 31, (cit. The ship owners’ stance on third party ship management).

MONTÉS PENADES, L., “Perfiles jurídicos de la relación de gestión” en *Cuadernos de Derecho Judicial Contratos de Gestión*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995.

MONTEAGUD, M., *La remuneración del agente*, ed. Civitas, Madrid 1997.

MORALEJO MENÉNDEZ I, “Régimen Jurídico de los *contratos* de Distribución” *DN*, nº 252 Septiembre 2011.

MORRIS, A, “The port agent-his rights, liabilities and problems” en *LMCLQ*, 1982.

MUÑOZ PAREDES, J.M.,

- *Los corredores de seguros*, 2ª ed, Thomson-Civitas, Pamplona, 2012.

-“Principales novedades para los operadores Banca Seguros en la propuesta de reforma de la legislación aseguradora” *Revista Española de Seguros*. “Monográfico Banca-seguros” nº 148, 2011.

OLIVENCIA RUIZ M, “La autonomía del Derecho mercantil. La Constitución y el Derecho mercantil. Ensayo de un concepto del Derecho Mercantil”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO (Coords) *Derecho Mercantil* Vol. 1º, 15ª ed., Marcial Pons, Madrid 2013.

ORTEGA PRIETO, E., *El contrato de agencia*, ed. Deusto, Bilbao 1993.

OTERO LASTRES J. M.,

-“La protección de los consumidores y las condiciones generales de contratación”, *A.D.I.*, T IV, 1997.

-“La autoentrada de los agentes de cambio y bolsa”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* nº 1 Enero-Marzo 1981.

-“El consignatario de buques”, VIII Jornadas de Derecho Marítimo, celebradas en Sevilla 1982.

PADILLA GONZÁLEZ R., “Auxiliares y agentes del empresa de la navegación”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ G.J. (Coord.) *Derecho Mercantil II*, ed. Marcial Pons Barcelona 2010.

PALÁ BERDEJO, F., “Naturaleza Jurídica de la comisión, *RDP*, 1951.

PALAU RAMÍREZ, F.

-“Las obligaciones del agente, en torno al artículo de la Ley sobre contrato de Agencia “, *RDM*, nº 230, 1998, (cit. Las obligaciones del agente).

-“Comentarios a los artículos 1 a 10,20,21”, en MARTINEZ SANZ F/MONTEAGUDOM/PALAU RAMÍREZ, F, *Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia*, ed. Civitas, Madrid, 2000 (cit. Comentarios).

PANAYIDES PHOTIS, M., “Competitive strategies and organizational performance in ship Management”, *Maritime Policy & Management*, Vol. 30, nº 2, 2003.

PANAYIDES PHOTIS, M. y CULLIANE KEVIN, P.B., “*The vertical disintegration of ship management: choice criteria for third party selection and evaluation*”, *Maritime Policy & Management*, Vol. 29, nº 1, 2002 ° 1(cit.The vertical disintegration of ship management).

PAZ ARES, C, “La indemnización por clientela en el contrato de concesión”, *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Duque*, T.II, 1997.

PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., “Los Seguros Marítimos y Aéreos” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (Coord.), *Derecho Mercantil II*, 14^a Marcial Pons, Barcelona 2010.

PELÁEZ SANZ, F.J., “Los problemas procesales en los contratos de agencia, distribución y franquicia. En especial, la técnica probatoria” en *Contratos de agencia, distribución y franquicia* del CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2007.

PEÑAS MOYANO, M^a J., “La obligación de informar de los intermediarios del seguro: Propuesta desde Europa” en AA.VV.: *Estudios sobre la Mediación de Seguros Privados*, dirigido por QUINTÁNS EIRAS M^a R. ed., Thomson-Aranzadi. Pamplona 2013.

PÉREZ GARRIGUES, M., “El Corredor de Seguros”, en CUÑAT EDO, V., y BATALLER GRAU, J.,(Dir.) *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, ed., Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

PÉREZ MORIONES, A., *El contrato de gestión hotelera*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ,J.L., “ Arrendamientos Mercantiles” en AA.VV: *Derecho Mercantil. Contratación mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ G.J y DÍAZ MORENO A (Coords). Vol. 5º, 15º ed., Marcial Pons, Madrid 2013.

PIRKATIS VASSILIOS y NIKITAKOS NIKITAS, “Outsourcing in Shipping companies: State of the art review”, Comunicación presentada en la Conferencia Internacional “*Shipping in the era of Social Responsibility*” Argostoli, Cephalonia, Greece 14-16 September 2006, Vid. www.researchgate.net.

PORFIRIO CARPIO, L.J, “*La extinción del contrato de agencia*” R.D.M. nº 210,1993.

PULIDO BEJINES, J. L.,

-*Los contratos de remolque marítimo* Bosch, Barcelona 1996.

-*Instituciones de Derecho de la Navegación Marítima*, ed. Tecnos, Madrid, 2009.

RICE David, “*Managing Reputation: The Owner/Manager Relationship*” ponencia publicada por The Lloyd’s Ship Manager 14 Annual Ship Management Conferencia 2004.

QUINTÁNS EIRAS, M^a R.

- AA.VV.: *Estudios sobre la Mediación de Seguros Privados*, dirigido por QUINTÁNS EIRAS, M^aR. ed., Thomson-Aranzadi. Pamplona 2013.
- *Las obligaciones fundamentales del agente*, ed. Civitas, Madrid 2001.
- *Delimitación de la Agencia Mercantil en los contratos de colaboración* en Cuadernos mercantiles 8 ed. Edersa Madrid 2000. (cit. *Delimitación de la Agencia Mercantil*).
- “La mediación de Seguros: Hacia una nueva regulación de la distribución de seguros,” en CAMPUZANO, A.B./CONLLEDO LANTERO, F./PALOMO ZURDO. R.J., (DIRS), *Los Mercados Financieros*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “La naturaleza jurídica del contrato de gestión naval”, en GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L., (Dir.), *Estudios de Derecho Marítimo*, ed. Aranzadi, Pamplona 2012.
- “Principales novedades de la Ley 26/2006 de Mediación de seguros y reaseguros privados,” *RES*, nº 127, 2006.
- “Protección a los asegurados en contratos intermediados por mediador de seguros”, *RES*, nº 123-124, 2005.
- “Acuerdos de agencia y Derecho de la competencia: nuevo régimen de las restricciones verticales “en CD y C., 2001 n 34, abril, separata
- “Problemas suscitadas en la dogmática del contrato de corretaje con ocasión de la promulgación de la ley 12/1992 de mayo sobre contrato de agencia”, *CDC*, nº 20, 1996.

RAGEL SANCHEZ, L.F.

- *Manual de Derecho Civil, Derecho de obligaciones y contratos*, Librería Técnica Universitaria, “Figueroa”, Cáceres 1997.
- “La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado” *ADC*, 1985.

REGO LÓPEZ A, “Las modificaciones en el régimen de los mediadores de seguros introducidas por la ley de economía sostenible” *RES*, 2011, 148.

RODRIGUEZ CARRIÓN J. L.,

- *Estudios de Seguro Marítimo*, ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- *Los seguros marítimos y aéreos*, Vol. 5, en Tratado de Derecho Mercantil, Dirs. OLIVENCIA, FERNÁNDEZ NOVOA, JIMÉNEZ DE PARGA, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- “Responsabilidad del naviero y sus limitaciones: Cuestiones actuales”, II Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián, Donostia 1994
- “El contrato de arrendamiento de buques” *ADM*, T III, 1983.

RODRIGUEZ MOURULLO, G, “La limitación internacional de la responsabilidad del naviero y la responsabilidad ex delito”, Estudios Menéndez II., ed. Civitas, Madrid, 1996.

RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D, “Notas sobre la nueva Ley del contrato de Agencia” A.D.C., T. XLVI, fasc., II, 1993.

RUBIO JESÚS, “Sobre el Concepto de Naviero en el Código de Comercio” Revista Facultad de Derecho, núm. 1, Madrid, 1940.

RUIZ SOROA, J. M^a

- *Manual de Derecho Marítimo. El Buque. El Naviero. Personal auxiliar*, ed., Servicio de publicaciones del Gobierno Vasco, Oñate, 1990.

- “La responsabilidad por daños y su limitación en el derecho marítimo” VI Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián 1998, Victoria, Gobierno Vasco 1998.

RUIZ SOROA, J.M, ARRANZ DE DIEGO A, y ZABALETA SARAUSA S., *Manual de Derecho del Seguro Marítimo*, Victoria-Gasteiz, Escuela de Administración Marítima Gobierno Vasco, 1993.

RUIZ DE VELASCO A, “*Manual de Derecho Mercantil.*”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999.

SALINAS ADELANTADO, C, “Contrato de seguro marítimo: Disposiciones generales, disposiciones comunes y seguro de responsabilidad, (Título VII del contrato de Seguro Marítimo. Capítulos I,II y III Sección 3^a,)” en *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de Navegación Marítima*, EMPARANZA SOBEJANO A., y MARTÍN OSANTE J.M. (Coord.), ed., Gobierno Vasco, Vitoria, 2006.

SALVADOR CORDERCH, P., *Comentario del Código Civil*, Dir., PAZ-ARES RODRIGUEZ, DIEZ-PICAZO/BÉRCOVITZ R, SALVADOR CORDERCH T.II. ed. Secretaria General Técnica centro de Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid 1993 2^a ed. Ar. 1588.

SÁNCHEZ CALERO, F.,

- *Los administradores en las sociedades de capital*, ed., Thomson – Civitas, Navarra 2005.

- *Principios de Derecho Mercantil*, 7^o ed. ed., Mc Graaw Hill, Madrid 2003.

- ” La Ley del contrato de seguro implicó una modificación radical en la regulación del contrato” *RES*, nº 123-124, 2005.
- ” Sobre la regulación del contrato de seguro marítimo”, *RES*, nº 73, 1993.
- ” El Código de Comercio y los contratos mercantiles” en *Centenario del Código de Comercio*, edita Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones), T- I, Madrid 1986.
- “Noción y caracteres general del Derecho Marítimo” *Revista Española de Derecho Marítimo*, 1966-1967.

SÁNCHEZ CALERO F y SÁNCHEZ CALERO GUILIARTE J,

-*Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 36ª ed., Aranzadi, 2013.

-*Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, 36ª ed., Aranzadi, 2013.

SÁNCHEZ CALERO, F. y TAPIA HERMIDA, A.J., “ El contrato de seguro marítimo en el Proyecto de Ley General de Navegación Marítima”, en GARCÍA-PITA Y LASTRES J.L.(Dir.) , *Estudios de Derecho Marítimo*, ed., Aranzadi, Pamplona 2012.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *La novación de las obligaciones*, Nauta, Barcelona 1964.

SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de las obligaciones. Los contratos en particular*, Vol. IV, *RDP*, Madrid 1975
(Cit. *Derecho Civil. Teoría y práctica*).

SOLE RESINA, J., *Arrendamientos de obras o servicios*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

STEVENS, E.F., *Shipping Practice*, 10 ed. Londres 1978.

STEVENS, G., “Managing P&I Claims”, Ponencia presentada en The Lloyd’s Ship Manager 14 Annual Ship Management Conference 2004, publicada por Lloyd’s List Events 2004.

SVEIN SORLIE, “Third Party Ship Management Services: Providing a First Class Service”, Ponencia presentada en The Lloyd’s Ship Manager 14 Annual Ship Management Conference 2004, publicada por Lloyd’s List Events 2004.

TAPIA HERMIDA, A.J.

-*El contrato de gestión de carteras de inversión*, ed., Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1995.

-“Mediación de seguros y reaseguros privados, desarrollo de la Ley 26/2006 por el Real Decreto 764/2010”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 29, nº 119, 2010.

TOBÍO RIVAS A. M^a,

-*Los transitarios en el transporte nacional e internacional*, Ed. Comares, 2008.

-“Algunas consideraciones sobre las implicaciones del Derecho de la libre competencia en la regulación española vigente y proyectada de los contratos de distribución y agencia: una visión “contractualista” en *Estudios de Derecho Mercantil*, Libro homenaje al Prof.Dr. Dr.h.c.José Antonio Gómez Segade.

TORRUBIA CHALMETA, B., “Contratos de Distribución” en AA.VV.: *Contratos Mercantiles*, T.I, DE LA CUESTA RUTE J. M^a (Dir.), ed. Bosch, Barcelona 2001.

TRIGO GARCÍA M^a B.

-*Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada 1999.

-“La remuneración del prestador de servicios. Criterios de determinación” en *Actualidad Civil* 2000 nº16.

URIA, RODRIGO

-*El seguro marítimo*, Barcelona 1940.

-“Entorno a la reforma de la legislación marítima”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid 1971.

URIA RODRIGO y APARICIO M^a L., *Derecho Mercantil*, 28^a ed. Marcial Pons, Madrid 2002.

URIA GONZÁLEZ, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ALONSO SOTO, “Contratos de colaboración”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. II, Dirs. URIA/ MENÉNDEZ, ed. Civitas, Madrid. 2006.

VALENZUELA GARACHA F, “La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992 de 27 de mayo” *DN* 1993, nº 37.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contratos mercantiles de intermediación y arrendamiento de servicios” en AA.VV. *Contratos Mercantiles*, T.I, DE LA CUESTA RUTE J. M^a (Dir.), ed. Bosch, Barcelona 2001.

VAQUERO PINTO M^a J,

-*El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, ed. Comares, Granada 2005 (cit. *El arrendamiento de servicios*).

-“Contratos de servicios. Arrendamiento de servicios mercantil” en *Contratos Mercantiles*, Vol. I, Dir. BÉRCOVITZ RODRIGUEZ-CANO A, Aranzadi, Pamplona, 2009.

VINAGRE RÍOS, J. y IGLESIAS BANIOLA, S., “The Human Element in Shipping Casualties as a Process of Risk Homeostasis of the Shipping Business”, *The Journal of Navigation*, 66-3, pp. 339.416, Cambridge, University, Press, 2013.

VINCENT CHULIA F.,

-*Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Contratos, títulos valores Derecho Concursal, Tomo II, 3^a ed. Bosch Barcelona 1990 (cit. *Compendio crítico*).

-*Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, 23^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

-*Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. II, 23^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

- “Naviero, propietario del buque y empresario de la navegación y del transporte en el Código de Comercio Español” RJC, 1976.

WILLINGALE MALCON, *Ship Management, Business of Shipping Series*, 4^a ed., Informa Professional, 2005, (cit. *Ship Management*).

ZABALETA SARASUA, S., “La responsabilidad del consignatario en el Derecho español”, II Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián, Donostia 1994.